

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CAMILA TERASOTO

**A RESTRIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DIANTE DE
SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE
JURISDIÇÃO**

CURITIBA
2015

CAMILA TERASOTO

**A RESTRIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DIANTE DE
SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE
JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fernando Moro

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA TERASOTO

A RESTRIÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DIANTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Orientador: _____

Professor Doutor Sergio Fernando Moro
Departamento de Direito Processual Penal, UFPR

Professor Doutor Rui Carlo Dissenha
Núcleo de Prática Jurídica Penal, UFPR

Professor Doutorando Solon Cícero Linhares
Departamento de Direito Penal, PUC/PR

Curitiba, 09 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e à vida por tudo.

Aos meus pais, Jorge e Miriam, por sempre terem lutado pelo melhor aos seus filhos, oferecendo apoio incondicional em todos os momentos. À minha mãe querida, especialmente, por ter sido a primeira da família a ter cursado Direito, mesmo tendo que se dividir entre as tarefas de casa e trabalho, me mostrou que tudo é possível com força de vontade e que sempre devemos ir atrás de nossos sonhos. Agradeço também por ter sempre me ajudado com as matérias jurídicas, dando apoio e orientação, principalmente nos primeiros anos da faculdade, em que tudo era novidade. Ao meu pai, agradeço pela enorme dedicação que sempre teve e tem para com a nossa família, pois não mede esforços para nos atender sempre que precisamos de algo. A mim, em especial, contribuiu decisivamente para que o sonho de ingressar no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná se realizasse, seja pelo incentivo, apoio e sábios conselhos. Sou muito feliz por ter um pai como o senhor. Muito obrigada, sem vocês, certamente tudo isso não teria sido possível.

Ao meu irmão, Lucas, que apesar de ser o irmão caçula, me inspira, com a sua determinação e inteligência, a sempre buscar o melhor de mim. Realmente, o irmão é nosso primeiro amigo e companheiro de aventuras, e só tenho a agradecer pelas incríveis memórias que construí ao seu lado, por sempre estar presente em todos os momentos e por tornar minha vida mais feliz. Saiba que você sempre pode contar comigo, pois a nossa cumplicidade e companheirismo durará para a vida inteira.

Aos amigos que a faculdade me deu, em especial, à Viviane Afonso Zanin, que desde o primeiro ano foi a minha companheira de estudos e debates, de bons momentos e comilanças sagradas após as aulas das sextas-feiras e pelo apoio em todas as horas. Tenho muita sorte de ter encontrado uma amizade como a sua e saiba que sempre estarei torcendo pela sua felicidade e sucesso!

Não poderia deixar de mencionar ao querido “grupo dozamigos” que se formou durante esses cinco anos de convivência, formado por Carina Assahida, Edimara Camargo, Emanoeli Calhari, Kalinka Franco, Karolline Santana, Nicolas Dorado, Renata Vilar e Viviane Zanin. Saibam que vocês tornaram esse longo caminho acadêmico muito mais fácil e divertido, e que os momentos que vivemos

juntos ficarão para sempre guardados na memória. Tenho um grande carinho por cada um de vocês e espero levar a amizade de todos para o resto da vida.

Às minhas amigas do estágio na Coordenadoria de Recursos Criminais do Ministério Público, Alessandra, Fernanda, Janyne e Marcela, pelo apoio e pelos interessantes debates jurídicos travados. Em especial, à Alessandra Lemos, que além de ter sido minha veterana, sempre esteve disposta a me ajudar com diversos assuntos, principalmente relacionados ao trabalho de conclusão de curso.

Agradeço também ao Promotor de Justiça Dr. Marcelo Luiz Beck e ao assessor Airton, que deram a oportunidade para que eu aperfeiçoasse o meu conhecimento em matérias jurídicas no estágio e por sempre terem sido muito atenciosos, constituindo exemplos de profissionais para mim. Inclusive, não posso deixar de mencionar que foi o Airton quem me ajudou na escolha do tema, sendo muito importante para a conclusão desse trabalho, seja com o empréstimo de livros ou com os seus conselhos.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Dr. Sérgio Fernando Moro, não apenas pelo auxílio e orientação nessa monografia, mas pelas lições de direito processual penal transmitidas nas suas aulas e pelo exemplo do grande profissional que é para mim.

Por fim, mas não menos importante, à professora Priscilla Placha Sá, que desde o início fez despertar o meu interesse pela área penal, com o seu talento admirável na docência, sendo muito importante para a minha formação acadêmica como aluna e como pessoa.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência é um dos principais pilares do processo penal num Estado Democrático de Direito. O presente estudo tem como objetivo analisar os verdadeiros alcances do princípio, mais especificamente, com relação à possibilidade de sua restrição após a sentença condenatória confirmada em segundo grau. Observa-se que são dois os principais efeitos que o princípio produz no processo penal, sendo o primeiro relacionado ao *standard* anglo-saxão de prova e de que a dúvida sempre deve favorecer o acusado, traduzido no princípio *in dubio pro reo*, constituindo este o núcleo duro do princípio, de caráter absoluto. Já o segundo significado impede a restrição dos direitos do acusado antes do julgamento, não possuindo este, por sua vez, caráter absoluto, como pode ser percebido pela admissibilidade das prisões cautelares. Entretanto, nossa Constituição Federal fixou como marco do fim da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença condenatória, atribuindo caráter absoluto a essa vertente, destoando da maioria dos países democráticos e do que foi determinado nos Tratados Internacionais. A espera pelo trânsito em julgado traz consequências nocivas ao nosso sistema, considerando o caótico número de recursos e a morosidade da Justiça, visto que estimula a interposição de recursos com intuito meramente protelatório, e não raras vezes, contribui para a ineficácia da persecução penal ao se operar a prescrição. Dentro dessa perspectiva é que se apresentou a possibilidade de restrição do princípio após a sentença condenatória confirmada por Tribunal de Apelação, visto que os recursos especiais e extraordinários não admitem exame de provas e nem possuem efeito suspensivo, já que a sua própria natureza não se confunde com um terceiro grau de jurisdição, pois têm o escopo de resguardar a legislação federal e a Constituição, respectivamente. Ainda, a exigência da presunção de inocência faz com que deixemos de levar em conta que há outros direitos igualmente relevantes estabelecidos em nossa Carta Constitucional, como a da eficiência da persecução penal. Procurou-se, assim, uma solução que leve em conta a ponderação desses princípios, a fim de que haja mínima violação de ambos, já que a formulação atual acaba por ferir de forma drástica o princípio da eficiência do processo penal e consequentemente do direito fundamental da vítima e da sociedade. Foi feita também análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no HC 84.078, julgado paradigma que determinou a natureza cautelar de todas as prisões antes do trânsito em julgado, e na ADC 29/30, que julgou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Por fim, foram expostas algumas propostas de alteração legislativa (PEC 15/2011 e PLS 402/2015) que procuram restringir o princípio após a condenação confirmada por Tribunal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Ponderação. Efeitos. Eficiência da persecução penal. HC 84.078, STF. PEC 15/2011. PLS 402/2015.

ABSTRACT

The principle of innocence presumption is one of the main pillars of criminal process in a democratic state. This study analyzes the real reach of this principle, more specifically, the possibility of its restriction after confirmed judgement in second degree. There are two main effects the principle produces in criminal proceedings, the first being related to the Anglo-Saxon-proof standard and that doubt should always favor the accused, that is translated in the principle *in dubio pro reo*, which make this an essential core of the principle. The second meaning, that lacks absolute character, as can be seen by the admissibility of precautionary detentions, prevents restriction of the accused rights before trial. However, our Constitution has set the final decision as the end of innocence presumption, going against other democratic countries and international treaties decisions. The delay of a definitive judgement brings harmful consequences to our system, considering the chaotic number of resources and the slow pace of justice, since it stimulates appeals with merely procrastinating wills, that frequently contributes to ineffectiveness of criminal prosecution. Considering this, the possibility of restriction after confirmed sentence by the Court of Appeal seems to be useful, since special and extraordinary appeals do not take in consideration proofs and do not have suspensive effect. The reason for that is its goal is to safeguard the federal law and the Constitution, not being a third degree of jurisdiction. Moreover, the innocence of presumption make us forget about other equally important rights, such as the efficiency of prosecution. Thus, this study presents a solution that tries to balance these both principles, since the current formulation violates drastically the principle of the criminal process efficiency and the fundamental right of the victim and society. It has also been analyzed the STF's decision in HC 84.078 and ADC 29/30, both related to the innocence of presumption. Finally, we suggested some legislative changes (PEC 15/2011 and PLS 402/2015) that aim to restrict the principle after confirmed sentence by the Court.

Keywords: Presumption of innocence. Weighting. Effects. Efficiency of criminal prosecution. HC 84.078, STF. PEC 15/2011. PLS 402/2015.

TABELA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	-	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	-	Artigo
CF	-	Constituição Federal
CPP	-	Código de Processo Penal
DDHC	-	Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789
DUDH	-	Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948
HC	-	Habeas Corpus
LEP	-	Legislação de Execução Penal
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PEC	-	Proposta de Emenda Constitucional
PLS	-	Projeto de Lei do Senado
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	-	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
2.1 NA ORDEM INTERNACIONAL	14
2.2 NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	20
2.2.1 Constituição Monárquica de 1824	21
2.2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891	22
2.2.3 A Constituição de 1934	23
2.2.4 A Constituição de 1937 e o Código de Processo Penal de 1942	24
2.2.5 A Constituição de 1946 e Análise Jurisprudencial após a Adesão Brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948	27
2.2.6 A Constituição de 1967 e a Emenda 1/69	29
2.2.7 A Constituição de 1988 e a nova interpretação jurisprudencial acerca da presunção de inocência	31
3 CONTEÚDO E EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL	35
3.1 QUESTÃO TERMINOLÓGICA: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE?	35
3.2 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	39
3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA	41
3.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO: PRISÕES PROCESSUAIS	45
4 CRÍTICA À DIMENSÃO TEMPORAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ENTRE O GARANTISMO E A EFETIVIDADE DA SANÇÃO	50
4.1 DEVER DE EFICÁCIA DA PERSECUÇÃO PENAL E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	51
4.2 CRÍTICA À DIMENSÃO TEMPORAL: SIGNIFICADO DO TRÂNSITO EM JULGADO	55
5 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	65
5.1 ESTUDO DO JULGADO PARADIGMA - HC 84.078	65
5.2 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA	79
6 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	85
6.1 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 15/2011	85

6.2 PROJETO DE LEI DO SENADO 402/2015.....	89
7 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

A presunção de inocência no Brasil foi consagrada definitivamente como princípio constitucional com o advento da Constituição de 1988, apesar de já ter sido recepcionada anteriormente em nosso ordenamento jurídico com a adesão brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem, aparecendo em nossa jurisprudência antes mesmo da previsão na Carta Constitucional.

Veremos que os seus principais efeitos se relacionam aos desdobramentos na **carga probatória**, derivados do *standard* de prova anglo-saxão e do *in dubio pro réu* como regra de decisão judicial, bem como na garantia de **tratamento** na condição de inocente durante o processo, o que gera conflito entre o princípio e eventuais restrições de direitos do acusado, como ocorre nas medidas e prisões cautelares.

É evidente que a presunção de inocência constitui um dos mais importantes institutos do processo penal, sendo garantia imprescindível à concretização de um Estado Democrático de Direito. Não obstante, o foco a ser analisado neste trabalho será delimitar de que forma e até que ponto este princípio pode atuar, englobando, mais especificadamente, a discussão em torno do significado do trânsito em julgado, termo que constou como limite máximo da duração da presunção da inocência em nossa Carta Constitucional. Essa discussão foi levada ao Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 84.078), que acabou, por fim, dando uma interpretação bastante extensiva ao princípio, protegendo a liberdade do acusado até que todos os recursos sejam esgotados, inclusive os recursos especiais e extraordinários.

Este é um posicionamento, de fato, que mais compatibiliza com a interpretação literal da norma. Entretanto, há alguns pontos importantes que foram deixados de lado nessa decisão, produzindo algumas consequências indesejáveis ao analisarmos as peculiaridades do sistema penal brasileiro, como a grande possibilidade de interposição de recursos e a morosidade no julgamento dos processos, que podem levar à impunidade e à lesão de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, o trabalho propõe a possibilidade de restrição do princípio após a sentença condenatória confirmada por Tribunal de Apelação, visto que os recursos especiais e extraordinários não admitem exame de provas (Súmula 07 STJ e Súmula 279 STF) e nem possuem efeito suspensivo, em regra, já que a sua própria

natureza não se confunde com um terceiro grau de jurisdição, buscando-se, assim, uma alternativa possível para melhorar a efetividade jurisdicional.

Com isso, procura-se atingir equilíbrio entre o garantismo e a eficiência da persecução penal, a fim de que os dois possam ser assegurados na medida do possível, já que a interpretação atual demonstra obediência cega apenas ao princípio da presunção de inocência, levando à violação de outros direitos envolvidos.

Nessa linha de pensamento, observaremos que no Direito Comparado o mesmo princípio não tem o condão de impedir a prisão após a sentença condenatória (em alguns países até mesmo a partir do primeiro grau), pois está muito mais ligado à regra probatória de que a acusação deve comprovar a responsabilidade do acusado acima de qualquer dúvida razoável, já que esta última deve sempre beneficiar o réu (princípio do *in dubio pro reo*). Essa análise faz com que repensemos em algumas alternativas para o nosso país.

A constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, por exemplo, que também será objeto do estudo, já demonstra uma relativização do entendimento que exige o trânsito em julgado. Além disso, já foram propostos alguns projetos de alteração legislativa, como a PEC 15/2011 e o PLS 402/2015, que procuram modificar esse termo final da presunção de inocência, que também serão analisados nesse trabalho.

Sem dúvidas, este é um tema delicado que deve ser analisado com muita cautela, visto que há um conflito evidente: de um lado, a interpretação constitucional do instituto leva à conclusão de que a presunção de inocência persiste até sentença condenatória irrecorrível (art. 5º, LVII, Constituição Federal), de modo que o sujeito só poderá ser preso no curso do processo caso se enquadre nos requisitos das prisões cautelares fundadas nos riscos (à ordem pública, à aplicação da lei penal e ao desenvolvimento normal do processo), e quando esgotarem todos os recursos possíveis; por outro lado, tal entendimento pode agravar ainda mais o quadro preocupante da morosidade do processo penal brasileiro, visto que a partir do momento em que o acusado não pode ser preso até o trânsito em julgado, é grande o estímulo para a interposição de recursos, mesmo sem fundamento, apenas com o intuito de prolongar o processo e postergar a prisão, levando à ineficiência da persecução penal.

Dessa forma, o tema gira em torno dos efeitos que o princípio da presunção de inocência traz para o nosso sistema penal, mais precisamente na questão da duração temporal da presunção, sendo utilizados para isso os documentos

internacionais que trouxeram o princípio, bem como os principais julgados de nossos tribunais superiores a respeito do tema, colocando em evidência o conflito entre a presunção de inocência e a efetividade da persecução penal.

Assim, questiona-se: é possível a restrição do princípio da presunção de inocência em segundo grau de jurisdição?

2 HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para obtermos perfeita compreensão da presunção de inocência, quanto à sua definição e limite no Direito e Processo Penal, não basta nos atermos à apreciação da literalidade do termo, sendo necessário analisarmos os importantes momentos históricos que foram responsáveis pela construção de seu significado.

Isso porque, conforme Maurício Zanoide de Moraes¹, é por meio do estudo das matrizes históricas de um instituto que é possível extrair as razões de sua atual importância e dirimir confusões sobre a sua incidência, sendo assim, essencial para os fins desse trabalho a análise histórica do instituto.

Deste modo, serão expostos a seguir alguns dos principais marcos históricos que contribuíram para a formação do conteúdo da presunção de inocência, primeiramente nos documentos internacionais e posteriormente nas Constituições brasileiras.

2.1 NA ORDEM INTERNACIONAL

É possível vislumbrar origens históricas bastante remotas do princípio, havendo referências ao direito romano. Até mesmo na Idade Média, período em que a tortura foi largamente utilizada, era possível verificar certa compatibilidade do sistema das provas tarifadas, vigente à época, com a presunção de inocência, visto que se tinha como premissa o fato de que a pena capital só poderia ser aplicada com a presença de prova plena da responsabilidade criminal, “clara como a luz do dia”².

Entretanto, justamente pela dificuldade de se obter uma prova plena, consistente no depoimento de duas testemunhas capazes e inquestionáveis ou na confissão voluntária aliada a uma meia prova, é que a tortura acabou sendo largamente aplicada, tornando o sistema perverso.³

¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 25.

² Cf. expressão latina *luce meridiana clariores*. (MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136-137).

³ Idem.

Não obstante, a presunção de inocência constituiu postulado fundamental dentro da perspectiva da reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII.⁴

Assim, o principal marco histórico pioneiro do reconhecimento normativo do princípio da presunção de inocência ocorreu no ano de 1789, com a adoção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabeleceu em seu artigo 9º que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.⁵

Pela redação do dispositivo, percebe-se que o princípio da presunção da inocência nasceu referindo-se predominantemente à proibição da prisão ilegal e à punição severa pelo rigor indevidamente usado para a prisão legal.⁶

Como bem explica Monica Ovinski de Camargo⁷, inicialmente, a presunção de inocência representou um direito individual de liberdade do indivíduo, opondo-se ao arbítrio do soberano, detentor do monopólio da violência legítima representada pelo poder de punir. Em suas palavras, “Juridicamente, a presunção de inocência contida na DDHC referia-se primordialmente ao tratamento do acusado no curso do processo que, uma vez findo, concluiria pela sua condenação ou absolvição”.⁸

No mesmo sentido, Renato Barão Varalda⁹ alega que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 atribuiu explicitamente o significado do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento, ao coibir restrições físicas e morais do acusado.

Entretanto, interessante notar, desde já, conforme aludiu Sérgio Fernando Moro¹⁰, que o referido artigo 9º da Declaração Francesa, ao impedir restrições

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 122

⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2012. p. 49.

⁶ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba, Juruá: 2009. p. 32.

⁷ CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 25.

⁸ Ibidem. p. 29-30.

⁹ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed, 2007. p. 21.

¹⁰ MORO, Sérgio Fernando. **Crime...** p. 150.

desnecessárias à liberdade individual, não proibiu toda e qualquer prisão antes do julgamento, já que previu essa possibilidade “*caso seja indispensável*”¹¹.

Esta pequena flexibilização já demonstra que o princípio não é absoluto, pelo menos na vertente que regula o tratamento do acusado durante o processo, como pode ser visto com a admissão das prisões cautelares em nosso país.

A partir disso, o princípio assumiu proporções e dimensões maiores do que a afirmação contida na Declaração de 1789, gerando certa confusão com o devido processo legal que, segundo Batisti¹², se não olharmos com cuidado, tal extensão pode acabar fundindo os dois institutos em um único princípio de âmbito criminal.

Neste meio tempo, houve ainda importante discussão entre as Escolas Penais Italianas sobre o princípio, que serão mais bem explicadas no item 3.1. É interessante mencionar a observação feita por Antônio Magalhães¹³, de que a polêmica acerca do valor da presunção de inocência trazida por essas escolas não incentivou os legisladores a reconhecerem formalmente o princípio nas suas constituições por todo esse período, fazendo com que somente após a terrível experiência do nazifascismo, com as reiteradas violações dos direitos humanos ocorridas na II Guerra Mundial, ocorresse o reconhecimento explícito em diversos textos constitucionais, bem como nas cartas internacionais.

Dessa forma, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas contemplou o princípio na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu art. XI, dispondo que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.¹⁴

¹¹ Art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, **caso seja considerado indispensável prendê-lo**, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (sem grifo no original). (DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 20 de abril de 2015).

¹² BATISTI, Leonir. Op. Cit. p. 32.

¹³ GOMES MAGALHÃES, Antônio. In **Escritos**.... p. 123-124.

¹⁴ ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2015.

Nota-se que com essa Declaração, o princípio assumiu tratamento diverso, adicionando parâmetro temporal¹⁵, plano central¹⁶ e elemento formal¹⁷. O foco da presunção de inocência na Declaração de 1789 era a punição do rigor desnecessário utilizado na prisão. A partir da Declaração de 1948, a presunção passou a contar com um parâmetro temporal e com outros princípios que dizem respeito ao processo (exigência de julgamento público), sendo assim, logo reconhecida como princípio político do processo.¹⁸

Segundo Magalhães¹⁹, a partir dessa Declaração, o princípio da presunção de inocência foi relacionado à tutela jurisdicional, assegurando ao acusado que a demonstração de sua culpabilidade deve ser feita por meio de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa.

Para Camargo²⁰, o significado que a DUDH deu à presunção de inocência refere-se a uma regra probatória ou de juízo, destinando à acusação a tarefa de provar a existência do fato criminoso e a culpabilidade do acusado.

Partindo da análise dessas duas declarações, já se pode extrair as duas principais vertentes do princípio da presunção de inocência, uma versando sobre regra de tratamento do acusado, derivada da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e outra, proveniente da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, mais moderna e contextualizada com a proposição da “*beyond any reasonable doubt*”²¹ (prova acima de qualquer dúvida razoável), relacionada com o ônus probatório.

Posteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, definiu a presunção de inocência em seu art. 6º, n. 2, da seguinte forma: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade

¹⁵ A presunção dura até a comprovação da culpabilidade, conforme a lei.

¹⁶ Classificou como um direito.

¹⁷ Deve haver julgamento público, assegurando as garantias necessárias à defesa.

¹⁸ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 34.

¹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

²⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 56.

²¹ O caso *R. v. Lifchus* (1997) determinou que a expressão *beyond reasonable doubt* está intrinsecamente ligada ao princípio fundamental da presunção de inocência, como padrão de prova. Significa que o ônus da prova recai somente sobre a acusação no decorrer do processo e que a dúvida razoável não pode recair sobre simpatia ou preferência, mas na razão e no senso comum. (FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A presunção de inocência e a construção da verdade: Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 49)

não tiver sido legalmente provada”²². Batisti²³ destacou o fato de que este artigo está contido no título denominado *Direito a um Processo Equitativo*, demonstrando, assim, que a presunção da inocência possui natureza processual, muito relacionada com o devido processo legal.

Mais tarde, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, entrou em vigor em 23 de março de 1976, tendo sido adotado pelo Brasil apenas em 1992.²⁴ A presunção da inocência foi tratada como um direito no seu art. 14, n. 2, como se verifica a seguir: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”²⁵

Por fim, em 25 de setembro de 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, que dispõe no seu artigo 8º, n. 2, uma definição do princípio muito semelhante: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”²⁶.

Para Sérgio Moro²⁷, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil em 25 de setembro de 2002, é o que tratou o princípio de forma mais completa, aproximando-se muito da definição anglo-saxã do *standard* de prova, sendo definido no artigo 66 da seguinte forma:

Art. 66 Presunção de inocência

1. Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, ou de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.²⁸

²² CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

²³ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 37-38.

²⁴ Ibidem. p. 38-39.

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

²⁷ MORO, Sergio Fernando. **Crime**.... p. 147-148.

²⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

Por meio desses principais documentos universais, foi possível verificar que os instrumentos internacionais deram dimensão bem estrita – no aspecto redacional – da presunção de inocência, indicando que é um direito que perdura até o reconhecimento da culpa, necessitando a busca de conteúdos complementares nos próprios documentos internacionais para decifrar o seu alcance e significado.²⁹

Resumindo todo o processo de tratamento da presunção na ordem internacional, Batisti²³ conclui que, inicialmente, a presunção de inocência foi tratada pelos revolucionários franceses como impedimento de prisão não legal e vedação aos excessos nos casos de prisão legal. Com a Declaração Universal da ONU, foi introduzido o complemento da culpabilidade julgada e, após a Convenção Europeia, que especificou critérios processuais, houve a transferência do sentido material da presunção de inocência para enfoque processual.

Já Monica Ovinski de Camargo³⁰ aponta os seguintes momentos relevantes em que a presunção de inocência adquire novos significados: a) o primeiro é dado pela expressão da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na qual o acusado não pode ser tratado como culpado antes da sentença final condenatória, englobando limitações a diversas medidas cautelares. Assim, a presunção de inocência é instituída como **regra de tratamento** do indivíduo; b) o segundo significado decorre das discussões entre as escolas penais italianas (que serão tratadas no item 3.1), que discutiam se o fundamento do processo penal seria a defesa da liberdade individual ou da sociedade. Dessa forma, a aceitação da presunção da inocência espelharia o **modelo** de processo penal que privilegiaria os direitos do indivíduo; c) e por último, o sentido advindo da Declaração Universal de Direitos Humanos restringiria ao **campo probatório**, impondo à acusação o dever de provar a culpabilidade e eximir o acusado da obrigação de produzir provas sobre a sua inocência.

Feita a análise da presunção de inocência nos documentos internacionais, passaremos ao exame de como o princípio foi tratado em nossas Constituições.

²⁹ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 44.

³⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 57-58.

2.2 NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Quanto à introdução do princípio no direito brasileiro, há diversos posicionamentos. Há parcela de juristas, tais como Antônio Magalhães Gomes Filho³¹, que defende que apesar das Constituições anteriores à de 88 não terem feito referência ao princípio da presunção de inocência, este foi integrado com a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, uma vez que o rol de direitos e garantias previsto na Constituição Federal não era taxativo.

Entretanto, alguns autores, como Igor Nery Figueiredo³², defendem que o princípio não existia antes da Constituição de 1988, tendo em vista que a prisão processual era a regra. No mesmo sentido, Tourinho Filho³³ alega que, não obstante o princípio devesse integrar o nosso ordenamento jurídico a partir da adesão à Declaração Universal dos Direitos Humanos, não era totalmente respeitado, já que havia a prisão preventiva compulsória (até 1967) e não era permitido ao réu apelar em liberdade. Assim, havia a ideia de que o princípio deveria ser inserido em algum texto do nosso ordenamento para que a sua aplicação fosse obrigatória.

De fato, foi a partir da Constituição de 1988 que o princípio passou a ser mais respeitado em nosso ordenamento jurídico, figurando de modo explícito no patamar de direito fundamental e cláusula pétrea da Carta Magna. Entretanto, conforme será visto a seguir, perceberemos que a presunção de inocência não foi ignorada antes da Carta de 88. Examinaremos o modo como o princípio foi tratado nas Constituições anteriores, expondo brevemente o contexto histórico de cada momento, mencionando também a elaboração do Código de Processo Penal de 1941 e a análise jurisprudencial anterior à Constituição de 88.

³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção...** p. 30-31.

³² FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 51.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69-70.

2.2.1 Constituição Monárquica de 1824

A Constituição Monárquica de 1824 foi outorgada por D. Pedro I, assim como a Constituição de Portugal de 1826, razão pela qual a Constituição Brasileira possui correspondência lógica quase exata com esta última. Quanto aos contornos da presunção de inocência, embora não haja menção expressa ao termo, o assunto relacionado à liberdade individual foi tratado nos arts. 179, §§8º, 9º e 10º da Carta Constitucional³⁴:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.:

VIII - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX - Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X - A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.³⁵

Diante da leitura desses dispositivos, pode-se concluir que era possível que o réu livrasse solto nas hipóteses em que o crime não tivesse pena superior a seis meses ou desterro para fora da comarca. Ainda, mesmo nos casos de culpa formada, não seria conduzido à prisão quem prestasse fiança nos casos que a lei a admitisse. E por fim, a manutenção de prisão era possível apenas na hipótese de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade legítima.³⁶

Leonir Batisti³⁷ acrescenta ainda o fato de que a Carta Constitucional limitava a inviolabilidade de Direitos Civis e Políticos apenas aos cidadãos brasileiros e que as

³⁴ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 76-77.

³⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

³⁶ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 78.

³⁷ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 78-79.

Ordenações Militares podiam estabelecer prisão fora dos casos especificados, como nas hipóteses de desobediência a mandados e quando fosse necessária à disciplina. Ainda, havia a possibilidade de dispensar algumas das formalidades que garantem a liberdade individual em caso de rebelião ou invasão de inimigos, prevista no art. 179, inciso XXXV da Constituição Brasileira³⁸.

2.2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

A Proclamação da República no Brasil não foi resultado de um grande movimento da população, parecendo muito mais um ato isolado. A República simplesmente aconteceu, não acarretando transformações estruturais.³⁹

Da mesma forma, não houve palavra alguma sobre a presunção de inocência nessa Constituição. Entretanto, a Seção II do Título IV tratava da Declaração dos Direitos, da qual pode-se extrair algumas conclusões acerca da liberdade individual:

Art. 72. A Constituição assegura a Brasileiros e a Estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§13º A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§14º Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei admitir.⁴⁰

³⁸ “Art. 179, XXXV - Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito”. (BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015).

³⁹ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 80.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

Assim, pode-se concluir que além da prisão em flagrante e após a pronúncia, poderiam existir outras hipóteses determinadas em lei. Ainda, a conservação em prisão exigia culpa formada, salvo as exceções previstas em lei, e a fiança poderia impedir a prisão, nos casos em que a lei permitisse.

É importante constar que essa Constituição estabeleceu pela primeira vez o *habeas corpus* no art. 72, § 22, da seguinte forma: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”⁴¹. É interessante mencionar que essa garantia já existia no Código de Processo Criminal de 1832 e que não havia a restrição desse instrumento para os casos de restrição à liberdade de locomoção, o que ficou conhecido como a *doutrina brasileira do habeas corpus*. Posteriormente, em 1926, o âmbito de proteção dessa garantia foi reduzido aos casos relacionados à liberdade de locomoção.⁴²

2.2.3 A Constituição de 1934

Esta Constituição foi consequência da Revolução de 30, em que foi instituído o Governo Provisório, caracterizado pelo acúmulo das funções do Poder Executivo e Legislativo nas mãos de Getúlio Vargas.⁴³

A Constituição de 1934 criou terreno para modernização autoritária, tendo inovado ao criar o capítulo da *Ordem Econômica e Social*, na qual foram acrescentados os direitos inerentes ao trabalho, bem como a criação do capítulo da *Família, Educação e Cultura*, caracterizando-se assim o Estado de Bem-Estar Social. Entretanto, algumas medidas para concretizar esse ideário só foram tomadas posteriormente, de modo que houve descompasso entre a Constituição e a realidade. Ainda, o conflito das forças que disputaram espaço na Carta acabou por resultar em uma Constituição ambígua e sem unidade.⁴⁴

⁴¹ Idem.

⁴² MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 412.

⁴³ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 82.

⁴⁴ Ibidem. p. 83.

A expressão *presunção de inocência* também não é utilizada nesta Constituição. Mas o tema correlato à presunção de inocência foi tratado no art. 113, que dispõe:

Art. 113. A Constituição assegura a Brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.⁴⁵

Diante da leitura acima, pode-se concluir que foram mantidas a prisão legal derivada de ordem escrita da autoridade competente ou de flagrante delito, a fiança, o controle judicial com a imediata comunicação ao juiz e a previsão do *habeas corpus*. Por outro lado, diferentemente da Constituição anterior, não houve menção expressa à prisão por pronúncia, sendo prevista a garantia do mandado de segurança no art. 113, n. 33⁴⁶.⁴⁷

2.2.4 A Constituição de 1937 e o Código de Processo Penal de 1942

Getúlio Vargas procurou formular uma Constituição rica de disposições autoritárias, obtendo para isso a ajuda do jurista Francisco Campos. Antes mesmo da tentativa do golpe, houve a aprovação da Lei de Segurança Nacional pelo Congresso,

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

⁴⁶ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petórias competentes. (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015).

⁴⁷ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 85.

que instituíam diversos aparatos repressivos para perseguir aqueles que contrariavam o governo.⁴⁸

Dessa forma, segundo a autora, a Constituição de 1937 foi outorgada de modo alheio à opinião pública, tendo posto fim aos partidos, à democracia e às liberdades individuais. A centralização administrativa foi característica bem forte do Estado Novo, pois houve diminuição da autonomia dos estados e dos municípios, aumentando a competência do setor federal.⁴⁹

Esta Constituição foi a mais autoritária das que existiram até então, visto que, apesar de consagrar direitos, permitia a suspensão deles pelo Presidente da República, nos casos em que contrariavam as exigências de segurança do Estado, como pode ser observado no art. 123 da Constituição^{50, 51}

O tema da prisão foi tratado no art. 122, item 11, disposto a seguir:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.⁵²

Algumas mudanças com relação à Constituição de 1934 podem ser percebidas, como o retorno da previsão expressa da prisão por pronúncia; a omissão tanto do controle judicial por meio da comunicação imediata ao juiz, bem como de qualquer referência à fiança como meio de obtenção de liberdade; e a reafirmação da

⁴⁸ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 104-106.

⁴⁹ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 107-108.

⁵⁰ Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias **terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.** (sem grifo no original). (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015).

⁵¹ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 88-90.

⁵² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

culpa formada como condição para a conservação da prisão, mas sem indicação do que seria essa culpa formada.⁵³

Por meio dessa breve análise do contexto histórico e da Constituição que regeu a ditadura varguista, passaremos o enfoque para o Código de Processo Penal, já que este fora editado nesse período.

Desde 1891, não havia a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual, de modo que as unidades federativas tinham poder constitucional de editar as normas processuais penais. Isso mudou com a Constituição de 1934, que como já foi dito, procurou fortalecer o poder central, restringindo à União a competência exclusiva para legislar sobre o processo penal.⁵⁴

A exposição de motivos do Código dispõe que “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”⁵⁵. Por meio disso, pode-se extrair que a essência que norteou o Código de Processo Penal brasileiro foi influenciada pelos ensinamentos da Escola Técnico-Jurídica Italiana, uma vez que esta primava pelo interesse social em detrimento do interesse do indivíduo acusado. Não obstante, é importante mencionar que o Código procurou dar diversas ferramentas a fim de possibilitar a defesa dos acusados, procurando obter equilíbrio entre o interesse social e a defesa individual.⁵⁶

Segundo Mônica Ovinski de Camargo⁵⁷, a orientação do Código de Processo Penal, que foi afirmada pela primazia da sociedade sobre o indivíduo, prejudicou a aceitação da presunção de inocência pelo Código. Assim, na visão da autora, não houve harmonia entre o Código de Processo Penal – que pendeu para a defesa da sociedade - e a presunção de inocência, já que esta última reflete primazia pela proteção do indivíduo.

⁵³ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 88-89.

⁵⁴ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 109.

⁵⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código Penal, Código de Processo Penal. Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 329.

⁵⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 111-112.

⁵⁷ Ibidem. p. 114; 133.

2.2.5 A Constituição de 1946 e Análise Jurisprudencial após a Adesão Brasileira à Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948

A Constituição de 1946 procura organizar um regime democrático, estabelecendo a separação clássica dos poderes. Houve nítidas mudanças ideológicas comparadas com a codificação anterior, como pode ser vista pela exclusão do estado de emergência, restando apenas o estado de sítio, cuja atribuição coube ao Congresso Nacional, e não mais ao Presidente da República.⁵⁸

Quanto à presunção de inocência, novamente não houve menção expressa a esse instituto. Os dispositivos que tratam do tema da prisão estão nos §§ 20, 21 e 22 do art. 143⁵⁹, trazendo praticamente os mesmos direitos previstos na Constituição de 1934, tais como a de que a prisão decorre de flagrante delito ou de ordem escrita de autoridade competente, nos casos expressos em lei; a fiança impede a manutenção da prisão, nos casos permitidos em lei; e qualquer prisão ou detenção é submetida a controle judicial, que será relaxada quando for ilegal.

Conforme Camargo⁶⁰, apesar das poucas mudanças com relação às disposições acerca do direito à liberdade do indivíduo e do clima não muito favorável à pluralidade e tolerância, o Brasil acabou assinando em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que expressou pela primeira vez a presunção de inocência.

Segundo a autora, no período, houve muitas dúvidas quanto ao valor da Declaração no ordenamento interno dos países signatários, já que não havia instrumentos anteriormente fixados para coagir os Estados a respeitar o seu conteúdo, não possuindo a Assembleia da ONU competência legislativa internacional. Assim, por ser um órgão que apenas estabelecia metas e parâmetros a serem alcançados

⁵⁸ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 90.

⁵⁹ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§ 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora. (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015).

⁶⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 127-131.

pelos Estados, criou-se obrigação meramente moral no que tange à proteção da presunção de inocência.⁶¹

Entretanto, a DUDH cumpriu o importante papel de estimular a elaboração de diversos outros tratados internacionais que tinham, por sua vez, força e vinculação jurídica, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁶²

Segundo Camargo⁶³, a primeira interpretação sobre a presunção de inocência no Brasil, depois da adesão brasileira à DUDH, em 1948, foi muito ligada com o preceito do *in dubio pro reo*. Para exemplificar isso, a autora cita o julgado de um caso da época, de 18 de agosto de 1959, em que um policial era acusado de descaminho, tendo alegado que havia apreendido a mercadoria com outra pessoa que fugiu do flagrante. No julgado, o Ministro Raimundo Macedo acabou decidindo pela absolvição do réu, cuja ementa é a seguinte: “Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo o favor milita a presunção de inocência”⁶⁴.⁶⁵

Assim, a autora conclui que apesar de haver menção expressa ao princípio da presunção de inocência, este estava apenas substituindo o *in dubio pro reo*, sendo considerados sinônimos naquela decisão.⁶⁶

Outro caso interessante citado por Camargo foi a do voto do Ministro Evandro Lins e Silva, que tratava da ausência de tipicidade da conduta imputada ao acusado⁶⁷:

Suspeito, sim, vez que dos autos não exsurge a prova plena, certa e determinada, indubitosa, a permitir a sua condenação. É possível – e muito – que o apelante tenha cometido o crime que se lhe imputava. [...] Estou em dúvida. E, ela atormenta o espírito mais que o mal, na afirmativa de SÊNECA. Neste estado, só posso pender para o réu. Daí opinar pelo provimento, reformando-se a sentença, para lhe dar absolvição.⁶⁸

Diante disso, percebe-se que a presunção de inocência era reconhecida pelos juízes da época, transmitindo a ideia de que ninguém poderia ser condenado sem a apresentação de provas concludentes. Assim, primeiramente, a presunção de

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem. p. 132.

⁶³ Ibidem. p. 145.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. **Apelação nº 731**. Relator Ministro Raimundo Macedo. 18 de ago. 1959. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 186, p. 317, 1959.

⁶⁵ Ibidem. p. 148.

⁶⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. 148.

⁶⁷ Ibidem. p. 153.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação nº 1573**. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969.

inocência foi considerada como regra probatória ou de juízo, aproximando-se da interpretação derivada da DUDH de 1948.⁶⁹

2.2.6 A Constituição de 1967 e a Emenda 1/69

A Constituição de 1967 derivou do Golpe Militar de 1964, que, inicialmente, pretendia restabelecer a instabilidade social do período anterior ao Movimento, marcado pela decretação de sucessivas paralisações e greves gerais. Os direitos e garantias concernentes à privação de liberdade foram estabelecidos no §12º do art. 150, não alterando o conteúdo formal com relação à Constituição anterior, de 1946:⁷⁰

Art. 150 – A Constituição assegura aos Brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade e à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§12 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.⁷¹

Entretanto, percebe-se que houve junção em apenas um parágrafo, do que antes estava estabelecido nos §§ 20, 21 e 22 do art. 143 da Constituição de 1946. Isso demonstra que essa Constituição estava repleta de omissões, facilitando a violação dos direitos individuais.⁷²

Além disso, havia a possibilidade de suspensão dos direitos políticos, conforme o art. 151 da Constituição⁷³, por declaração do Supremo Tribunal Federal, para aquele que cometer abuso de manifestação de pensamento (§8º), de reunião

⁶⁹ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 152.

⁷⁰ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 92-93.

⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

⁷² CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 190.

⁷³ Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa. (sem grifo no original). (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015).

sem armas (§27), de exercício do trabalho (§23), dentre outros. Assim, embora a Constituição tenha mantido formalmente os mesmos direitos e garantias, já havia a ressalva na mensagem de encaminhamento de que caberia à lei ordinária estabelecer em que termos seriam exercidos estes direitos.⁷⁴

Posteriormente, foi promulgada a Emenda Constitucional 1/69, fundamentada no Ato Institucional nº 5, permitindo a intervenção na área política. Apesar de não ter alterado formalmente as regras correlatas à presunção de inocência, foi estabelecido no art. 181 nas Disposições Transitórias⁷⁵ que os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução ficavam excluídos de apreciação judicial, o que permitiu os abusos e violações das garantias constitucionais neste período.⁷⁶

Cabe mencionar o tratamento mais rigoroso do Ato Institucional nº 5 com relação à presunção de inocência, pois houve a suspensão dos direitos políticos, além da fixação de novas restrições até então não estabelecidas. E mais, houve a suspensão da garantia do *habeas corpus* nos crimes políticos contra a segurança nacional, ordem econômica e social, retirando, assim, o instrumento de proteção à liberdade do cidadão.⁷⁷

Ainda, neste período, houve a doutrina da segurança nacional, que buscou combater inimigos ocultos da nação, fazendo com que todos se tornassem suspeitos, invertendo, assim, a lógica da presunção de inocência. Desse modo, os acusados pela instabilidade da segurança interna do país tinham que provar o seu não envolvimento com os movimentos de oposição para serem libertos, contrariando o princípio da presunção de inocência.⁷⁸

Assim, como já era de se imaginar, a presunção de inocência desapareceu completamente no período ditatorial militar, pois mesmo estando presentes diversos

⁷⁴ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 94.

⁷⁵ Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I - os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969;

II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I. (BRASIL. Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

Acesso em 20 de abril de 2015.

⁷⁶ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 96.

⁷⁷ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 178-179.

⁷⁸ Ibidem. p. 162.

direitos individuais na Carta de 1967, estes não passavam de mera formalidade, não havendo qualquer garantia de que seriam respeitados ou mantidos.

2.2.7 A Constituição de 1988 e a nova interpretação jurisprudencial acerca da presunção de inocência

O período anterior à elaboração da Constituição de 1988 foi marcado por diversas crises econômicas e financeiras de escala mundial que atingiram o país, como a crise do petróleo de 1973 e a financeira de 1982. Houve também o forte movimento político pela aprovação das eleições diretas para Presidente, conhecido como *Diretas Já*, em 1984, que acabou definindo as condições para a mudança do modelo político.⁷⁹

As transformações no cenário político para a transição democrática influenciaram as decisões do Poder Judiciário, notadamente dos Tribunais Superiores. Desse modo, Camargo⁸⁰ afirma que o reaparecimento da presunção de inocência nos acórdãos criminais se deu por meio da obra de três magistrados, que anteciparam a previsão do preceito na Constituição e formaram nova jurisprudência acerca do tema.

Um dos acórdãos analisados pela autora foi lavrado pelo Ministro Costa Leite, e que, embora tenha deferido neste caso a prisão preventiva, deu novo significado à presunção de inocência:⁸¹

PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES. I- **qualquer prisão que anteceda decisão condenatória definitiva do Judiciário é medida que compromete o “jus libertatis” e a presunção de inocência que milita a favor do acusado, daí ser reservada para casos excepcionais, em que, motivadamente, se examinem os pressupostos e condições que lhe dão suporte**; II – situação concreta em que está comprovada a materialidade do delito, havendo indícios veementes que indicam a sua autoria; III – conduta da recorrida que demonstra sua inequívoca vontade de frustrar e protelar a instrução criminal, havendo, inclusive, descumprido as condições impostas para que, em liberdade, respondesse ao processo contra ela movido. Antecedentes que não a favorecem; V – prisão preventiva que se decreta, dando provimento ao recurso do Ministério Público.⁸² (sem grifo no original).

⁷⁹ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 97.

⁸⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 214.

⁸¹ Ibidem. p. 215.

⁸² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. **Recurso Criminal nº 1094**. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. inocência. Acesso em: 27 set. 1999.

Percebe-se que a nova interpretação da presunção de inocência ampliou o seu significado para além da simples identificação com o *in dubio pro reo*, fundamentando também o direito de liberdade do indivíduo ao longo da instrução processual como regra, restando a prisão apenas para os casos em que fosse realmente necessária, adquirindo, assim, caráter excepcional.

Em outros dois acórdãos, ambos de relatoria do Ministro Washington Bolívar, a presunção de inocência foi utilizada para garantir a liberdade do indivíduo, havendo o relaxamento da prisão (Tribunal Federal de Recursos - Recurso Criminal nº 1112, 3 de outubro de 1985), e também, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa (Tribunal Federal de Recursos - Recurso Criminal nº 6011, 21 de fevereiro de 1985).⁸³

Por fim, a autora menciona as decisões do Ministro Carlos Thibau, que se destacaram por tentar dar fundamento legal à presunção de inocência em seus julgados nos arts. 386, inciso VI, do CPP, referente à absolvição por insuficiência de provas (Tribunal Federal de Recursos - Apelação Criminal nº 7600, 12 de março de 1987) e no art. 156 do CPP, que trata do ônus da prova (Tribunal Federal de Recursos - Apelação Criminal nº 6796, 28 de maio de 1987).⁸⁴

Quanto à elaboração da nova Constituição Federal, foi convocada uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais liderada por Afonso Arinos de Melo Franco e, apesar de o anteprojeto não ter vingado, é interessante para os fins deste trabalho mencionar o tratamento que foi dado à presunção de inocência.⁸⁵ Esta foi inserida no parágrafo 7º do artigo 43, que regulava sobre o direito de liberdade física do indivíduo:

Art. 43 – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e decisão fundamentada da autoridade competente, nos casos previsto em lei. [...]

§7º - Presume-se inocente todo o acusado até que haja declaração judicial de culpa.⁸⁶ (sem grifo no original).

⁸³ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 216-218.

⁸⁴ Ibidem. p. 222-224.

⁸⁵ CROZARA, Rosberg Souza. Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência? In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coords). **O novo processo penal à luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. p. 273.

⁸⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 230.

Nota-se que, diferentemente da redação atual, optou-se pela utilização do termo “presume-se inocente”, além da fixação de que a presunção durará “até que haja a declaração judicial de culpa”, não estipulando, para isso, o trânsito em julgado.

Após diversos contratempos enfrentados pela Assembleia Constituinte, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, inaugurando a nova era democrática. A Constituição foi extremamente analítica, regrando de forma minuciosa diversos assuntos. Além de dar continuidade à proteção de direitos individuais, foram introduzidos uma série de direitos até então nunca contemplados, colocando o país em consonância com os documentos internacionais.⁸⁷

Ingo Sarlet⁸⁸ atribuiu à Constituição de 1988, principalmente na parte concernente aos direitos fundamentais, as seguintes características: o caráter analítico, plural e de forte cunho programático.

A presunção de inocência é mencionada expressamente pela primeira vez em nossa Constituição, embora tenha sido estipulada por meio da linguagem inversa, no art. 5º, inciso LVII, com a seguinte redação: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸⁹

A fórmula adotada foi inspirada na Constituição Italiana de 1948, que evitou utilizar o termo *presunção de inocência*⁹⁰. Por outro lado, deu-se interpretação mais abrangente ao princípio na medida em que este não foi restrito ao acusado, mas a qualquer pessoa, causando reflexos não somente no âmbito do procedimento penal, mas também das atividades policiais preventivas e investigatórias.⁹¹

Certo é que pela primeira vez a presunção de inocência passa a ter *status constitucional*, convertendo-se em direito fundamental de aplicação imediata. Conforme aduz José Laurindo Souza Netto⁹², é por esse motivo que nunca houve necessidade de previsão legal para a sua aplicação.

⁸⁷ Ibidem. p. 202.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

⁹⁰ A própria forma de enunciar o princípio enseja muitas discussões, como se verá no item 3.1.

⁹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção**... p. 32-33.

⁹² SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003. p. 152.

Os demais direitos e garantias relacionados à prisão ou à liberdade individual foram estabelecidos nos incisos LXI a LXVI, do art. 5º da Constituição Federal⁹³. Estes incisos indicam as formas de prisões anteprocessuais legalmente admitidas (incisos LXI e LXIII); regras a serem cumpridas na hipótese de prisão (incisos LXII e LXIV), e regras para o controle judicial de prisão (incisos LXII, LXV e LXVI).⁹⁴

⁹³ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

⁹⁴ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 98.

3 CONTEÚDO E EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Após a análise histórica da presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico, trataremos neste capítulo dos efeitos e significados que a presunção de inocência produz no processo penal. Para isso, inicialmente será abordada a discussão terminológica do princípio que, apesar de ter perdido a sua relevância, torna-se interessante para a completa compreensão do princípio, pois envolve a sua natureza jurídica e remete à instigante discussão das Escolas Penais Italianas quanto ao princípio.

Em seguida, serão expostas, mais detalhadamente, as duas vertentes do princípio, que repercutem no campo da regra probatória e na regra de tratamento do indivíduo.

3.1 QUESTÃO TERMINOLÓGICA: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE?

A expressão *presunção de inocência* sempre foi alvo de grande divergência, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi utilizada ou pela diversidade de interpretações que tem propiciado.⁹⁵

Até os dias de hoje, há divergência na doutrina quanto à melhor expressão terminológica da *presunção de inocência*, podendo ser mais bem compreendida no conflito entre as correntes liberais e antiliberais das escolas penais italianas.

Contextualizando esse cenário, durante o século XIX, travou-se profunda discordância entre os defensores das ideias iluministas da Revolução Francesa, que formaram a Escola Clássica, e os seus opositores, simpatizantes de um sistema criminal mais rigoroso voltado à defesa social em detrimento dos direitos individuais, sendo estes integrantes da Escola Positivista.⁹⁶

⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção**... p. 35.

⁹⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit. p. 108-109.

Francesco Carrara, representante da Escola Clássica, elevou a presunção de inocência à condição de princípio fundamental da ciência processual e pressuposto de todas as garantias do processo, constituindo dogma fundamental do direito repressivo. Segundo o autor, diante da escolha do Estado entre punir ou proteger os direitos do acusado, deve-se dar prioridade à tutela dos direitos individuais, a fim de pender sempre em favor do acusado. Tal alegação fundamenta-se no importante pressuposto da segurança jurídica, defendida pela Escola Clássica, com a finalidade de evitar que o processo penal continuasse a ser instrumento de arbítrio nas mãos de juízes e monarcas.⁹⁷

Por outro lado, muitas críticas vieram dos autores da Escola Positivista, como as de Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, que consideraram a fórmula da presunção da inocência ilógica e absurda. Para o primeiro, o acusado não deveria ser presumido culpado e nem inocente, mas imputado, criando uma terceira categoria. Já Ferri acreditava que o acusado deveria ser absolvido somente quando sua inocência estivesse devidamente comprovada pelas provas.⁹⁸

Nada obstante, a crítica mais conhecida ao princípio adveio de Vincenzo Manzini, representante da Escola Técnico-Jurídica, que considerou a expressão *presunção de inocência* paradoxal e irracional. Isso porque, para Manzini, seria presumível a procedência da imputação, e não o contrário, pois se assim o fosse, não teria sentido processar o acusado.⁹⁹ Em outras palavras, o raciocínio que Manzini estabeleceu foi que há incoerência na justificação da proteção e presunção da inocência quando a maior parte dos imputados são condenados ao final do processo.¹⁰⁰ Assim, para o autor italiano, a norma não estabelece presunção de inocência, mas apenas declara que “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva”.¹⁰¹

Segundo Camargo¹⁰², Manzini defendia que o Processo Penal não estava a serviço da liberdade do indivíduo, mas voltado a ser instrumento para provar a culpa do acusado por meio de regras técnicas, razão pela qual era adverso à presunção de inocência.

⁹⁷ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 34.

⁹⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 52.

⁹⁹ Ibidem. p. 52-53.

¹⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 185.

¹⁰¹ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Op. cit. p. 154.

¹⁰² CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 237-238.

Não é de se estranhar que devido a essas fervorosas críticas advindas dos doutrinadores do positivismo criminológico no momento da elaboração do Código Processual Penal Italiano de 1931 (que serviu de modelo para o nosso Código de Processo Penal de 1941), não houve menção à presunção da inocência, e posteriormente, na Constituição Italiana de 1948, rechaçou-se o termo “*presume-se inocente*” para adotar a expressão “*não é considerado culpado*”, assim como na Constituição brasileira.¹⁰³

Passando para a doutrina mais recente, alguns autores, como Júlio F. Mirabete¹⁰⁴, entendem que o melhor termo é a “*presunção da não culpabilidade*”, visto que até mesmo a própria Constituição não *presume* a inocência, apenas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”¹⁰⁵.

Por outro lado, José Laurindo de Souza Netto afirma que seria estado jurídico de inocência, utilizando a explicação de René Dotti de que “a melhor direção consiste em fazer da presunção de inocência um verdadeiro princípio de fundo constitucional e que, por isso mesmo, transcende o quadro das presunções como assunto ordinariamente processual”.¹⁰⁶

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Igor Nery Figueiredo¹⁰⁷, ao afirmar que as críticas feitas à denominação do princípio partem de noção equivocada do termo *presunção*. Aduz, para tanto, que o princípio da inocência não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, mas de garantia processual. Não há dúvidas de que o princípio não se baseia na ideia de probabilidade da ocorrência de um resultado, até porque os dados demonstram que é muito mais provável que ao final da sentença advenha uma condenação do que uma absolvição. Por conseguinte, a presunção de inocência não tem o condão de antecipar o resultado do processo criminal, mas o de garantir, como princípio geral do processo penal, um processo justo e equilibrado ao acusado.

Assim sendo, a presunção de inocência possui caráter político ligado ao valor da liberdade, como bem explica Antônio Magalhães Gomes Filho:

¹⁰³ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 53.

¹⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23.

¹⁰⁵ Cf. art. 5^a, inciso LVII da Constituição Federal.

¹⁰⁶ DOTTI, René Ariel. apud. SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 156.

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 53-55.

[...] na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente o seu **valor ideológico**; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, **na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador**, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.¹⁰⁸ (sem grifo no original).

Em outra obra, o mesmo autor aponta para a impropriedade das críticas baseadas na probabilidade de condenação ao final do processo, uma vez que o significado de *presunção* pouco tinha a ver com a ideia de consequência que a lei extrai de um fato, mas com uma atitude emocional de repúdio ao sistema até então vigente, no qual o acusado deveria comprovar a sua inocência. Em outras palavras, as presunções são normas de comportamento por meio das quais o legislador formula regras de “dever ser” e não enunciados sobre a realidade.¹⁰⁹

No mesmo sentido, Girolamo Bellavista¹¹⁰ entende que a presunção não é aquele procedimento lógico feito pelo juiz, mas uma presunção de natureza política, mais direcionada à função judicial. Não se pretende, assim, estabelecer uma verdade processual, não havendo qualquer diferença entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.

Alguns países consagraram a expressão *presunção de inocência* em suas cartas constitucionais, tais como Portugal e Espanha, enquanto outros, como o Brasil e Itália, preferiram o termo *não será considerado culpado*. Atualmente, essas distinções não fazem mais sentido, pois como se viu, os termos presunção de inocência, estado de inocência ou presunção de não culpabilidade são equivalentes.¹¹¹ Em outras palavras, como pronuncia Bellavista: “quando não se é presumível culpado, é presumido inocente”¹¹².

Sendo assim, passaremos à análise dos fundamentos e natureza jurídica da presunção de inocência.

¹⁰⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *In Escritos...* p. 128.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção...** p. 35-36.

¹¹⁰ BELLAVISTA, Girolamo. apud. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 188.

¹¹¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 56.

¹¹² BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit. p. 188.

3.2 FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O principal fundamento que rege a presunção de inocência é o de que é preferível absolver um culpado a condenar um inocente, principalmente dentro de um ordenamento que prima pelo valor do indivíduo e sua liberdade, deixando para o Estado a responsabilidade sobre a dúvida.¹¹³

Nessa perspectiva, quanto ao fundamento da presunção de inocência, Luigi Ferrajoli aduz brilhantemente que:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos”.¹¹⁴

Quanto à natureza jurídica, Carvalho¹¹⁵ faz distinção entre princípio constitucional aplicado ao direito processual e princípio processual-constitucional. Enquanto aquele possui natureza política, tendo surgido primeiro nas Cartas Constitucionais para depois estender-se ao direito processual, este último nasce dentro do processo, e devido à sua importância, passa a ocupar lugar nas Constituições.

Diante disso, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira¹¹⁶ adverte que a ausência de tradição histórica do instituto da presunção de inocência no país, ao contrário do direito anglo-saxão, dificulta a concretização no direito brasileiro, já que a sua aplicação decorre pelo fato de aparecer no texto constitucional, representando muito mais, como denomina Tourinho Filho¹¹⁷, um “dogma de fé”, não sendo resultado da lógica a partir de determinadas escolhas.

¹¹³ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 137-138.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomes Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

¹¹⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

¹¹⁶ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A Presunção de Inocência e a Construção da Verdade**: Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 52.

¹¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 633.

Não obstante, segundo Nucci¹¹⁸, os princípios constitucionais configuram uma ordenação que se irradia, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Com relação ao princípio da presunção de inocência, o autor alega que mesmo antes da constitucionalização desse princípio, a presunção da inocência já era considerada pelos processualistas, produzindo efeitos na aplicação da norma ao caso concreto.

No mesmo sentido, Aury Lopes¹¹⁹ alega que o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum, sendo pressuposto para a condição humana. Nesse aspecto, cabe mencionar que o direito italiano – bastante utilizado pela doutrina brasileira –, atribui caráter ontológico à construção da presunção de inocência, como o faz Malatesta¹²⁰, que se baseia no fato de que o número de homens que não cometem crimes é muito maior do que aqueles que cometem.

Ao explicar a natureza do princípio, Antônio Magalhães Gomes Filho¹²¹ utiliza a explicação de Wroblewski, que considera os valores ideológicos e técnicos das presunções, sendo os primeiros correspondentes à garantia dos interesses do acusado no processo penal, ao passo que os segundos são instrumentais ao primeiro, contribuindo para a segurança e certeza do direito, indicando ao juiz a regra de julgamento a ser obedecida no caso de incerteza sobre a sua culpabilidade.

Dessa forma, a presunção de inocência não se trata apenas de garantia de liberdade, mas também de segurança, entendida como aquela oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa contra o arbítrio punitivo.¹²²

Vistos os fundamentos e a natureza jurídica da presunção de inocência, passaremos à análise dos efeitos do princípio no processo penal.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 42; 56-57.

¹¹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua conformidade Constitucional**. Vol. I Ed Lumem Juris, 2009. p. 191.

¹²⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. apud. FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Op. cit. p. 51.

¹²¹ WROBLEWASKI, Jerzy apud. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência: princípios e garantias. In: **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 128.

¹²² LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 186.

3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA PROBATÓRIA

O processo penal inicia-se quando há provas suficientes da existência de um crime e indícios de autoria. Nesse momento inicial, há uma dúvida que será resolvida durante o processo. Assim, o objetivo do processo penal é alcançar a certeza na sentença, seja absolvendo ou condenando o acusado. Entretanto, caso ainda permaneça dúvida acerca da materialidade e autoria do crime, duas soluções foram apresentadas na história do processo penal: a primeira delas é suspender o processo até que novos elementos sejam apresentados, e a segunda é dar resposta imediata a partir da incerteza.¹²³

Conforme alega Camargo¹²⁴, o modelo processual apontou para a absolvição nos casos em que não havia certeza dos fatos, extinguindo a suspensão do processo por falta de provas. Assim, ressurgiu a regra do *in dubio pro reo*, oriundo na Grécia Antiga e estruturado no Direito Romano, tendo o significado de que a dúvida deve sempre favorecer o acusado, consubstanciando como regra de solução técnica na forma de princípio geral de direito.

A primeira interpretação do princípio da presunção de inocência que apareceu em nossa jurisprudência, como mencionado anteriormente, foi com relação à carga probatória, derivada da interpretação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Pelo fato de o princípio ter íntima relação com o *in dubio pro reo*, muitos doutrinadores enxergam as duas figuras em uma só.

Como exemplo, Weber Martins Batista¹²⁵ defende que houve desvirtuamento da ideia central do princípio da presunção de inocência, já que na Idade Média, significava presumir inocente o réu absolvido por falta de provas. No mesmo sentido, Afrânio Silva Jardim¹²⁶ aduz que a presunção de inocência produz reflexos apenas quanto ao ônus da prova.

Quanto ao conteúdo dessa regra probatória, irradia a consequência mais evidente, que é a incumbência da acusação de demonstrar a culpabilidade e a existência dos fatos imputados, não bastando a simples refutação das teses

¹²³ CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 135-136.

¹²⁴ Ibidem. p. 136.

¹²⁵ BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985. p. 26-27.

¹²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 413.

defensivas do acusado. Ainda, há a necessidade de que tal comprovação seja feita legalmente, conforme o devido processo legal, não restando o condenado obrigado a colaborar para a apuração dos fatos, derivando disso o direito ao silêncio.¹²⁷

Nesse aspecto, parte da doutrina utiliza a **teoria do ônus da prova**, muito utilizada no processo civil para distribuir os encargos probatórios, para orientar o procedimento na incerteza judicial em matéria penal. Entretanto, a aceitação desse instituto no processo penal é discutível por três razões apontadas por Camargo:¹²⁸

a) Diferentemente do que ocorre no processo civil, no qual o juiz não se envolve na produção de provas, no processo penal há atuação mais direta devido ao princípio da livre investigação na busca da verdade substancial. Além disso, o Ministério Público não é apenas órgão acusador, mas de promoção da justiça, podendo requisitar também a absolvição do acusado.

b) A aceitação do ônus da prova levaria à distribuição legal da incumbência probatória para as partes, impondo ao indivíduo a tarefa de produzir a contraprova, o que não é possível dentro do sistema acusatório de processo penal. A parte pode fazer a contraprova desde que voluntariamente, não podendo ser coagida a fazê-la.

c) A própria concepção do *in dubio pro reo* contraria a teoria do ônus da prova, já que a primeira atua independentemente de quem produziu a prova, sobre os fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos de direitos. Assim, qualquer dúvida sempre deverá privilegiar o acusado.

Diante disso, para a autora, a aceitação do ônus da prova para o processo penal viola a presunção de inocência, uma vez que a prova da culpabilidade do indivíduo cabe apenas órgão acusatório, não podendo o réu ser obrigado a apresentar provas que refutem a acusação ou que deponham contra a sua inocência, regras estas amparadas pelo direito ao silêncio.¹²⁹

Assim sendo, Aury Lopes Jr.¹³⁰, ao interpretar o artigo 156 do CPP¹³¹, alerta que a primeira e principal alegação no processo é feita na denúncia, de modo que

¹²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção...** p. 39-40.

¹²⁸ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 137-139.

¹²⁹ Ibidem. p. 139.

¹³⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução...** p. 190.

¹³¹ Art. 156. **A prova da alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: ([Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#))

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. ([Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008](#)) (sem grifo no original).

incumbe ao Ministério Público todo o ônus de prova. Para o autor, essa é a melhor interpretação que pode ser dada ao artigo, estando equivocado o entendimento de que a prova de uma alegada excludente caberia à defesa. Isso porque, a partir do momento em que a acusação deve provar o alegado, “incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”¹³².

Assim, se de um lado, a acusação tem o dever de comprovar a materialidade e a autoria do crime para desconstruir a presunção de inocência, a defesa, por sua vez, tem o direito (e não o dever) de contradizer com contraprovas.¹³³

Também é o entendimento de Elmir Duclerc¹³⁴, quando afirma que o art. 156 do CPP foi parcialmente recepcionado pela Constituição Federal, já que a defesa não tem o dever de comprovar coisa alguma. Em suas palavras, “quem é verdadeiramente inocente, não precisa provar aquilo que já é verdadeiro”¹³⁵.

Da mesma forma, Figueiredo¹³⁶ afirma que a acusação tem o ônus de comprovar a presença de todos os elementos necessários à responsabilização do réu, tanto no sentido positivo (materialidade e autoria do crime), quanto negativo (ausência de causas que excluam o crime). Em outras palavras, qualquer dúvida que recaia sobre o contexto fático beneficia o réu com a absolvição, podendo ser ela quanto à materialidade, autoria ou à existência de excludentes.

Nucci¹³⁷ reforça esse entendimento alegando que na hipótese de alguma excludente ser aventada, caberá à acusação o ônus de demonstrar a sua inocorrência ou inconsistência.

Entretanto, esse não é um entendimento totalmente pacífico, pois há autores que alegam que caberia à defesa demonstrar eventual incidência de excludente de ilicitude ou culpabilidade que fosse eventualmente alegada, tal como Eugênio Pacelli¹³⁸ defende.

¹³² LOPES JR, Aury. **Introdução...** p. 190.

¹³³ Ibidem. p. 189.

¹³⁴ DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Vol. 1. 2 ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006. p. 41.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 57.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 336.

¹³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

Conforme leciona Sérgio Fernando Moro¹³⁹, esta vertente que trata da regra probatória vai além do mero axioma do *in dubio pro reo*, derivando do *standard* anglo-saxônico, que exige a comprovação da responsabilidade criminal acima de qualquer dúvida razoável, fazendo com que a atribuição desigual do ônus da prova favoreça ao acusado.

Quanto a esse *standard* probatório, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira¹⁴⁰ argumenta que no direito anglo-saxônico, o processo se instaura pela presunção de inocência como um direito de o acusado não ser punido pelo Estado de forma arbitrária, cabendo unicamente a ele (Estado) a obrigação de provar o fato, devido à simetria buscada nesse sistema. Se o acusado rejeitar a proposta de negociação da culpa, terá direito ao processo, no qual a acusação deverá provar a culpa para além de uma dúvida razoável, relacionando diretamente com o *standard* da presunção de inocência.

Maurício Zanoide de Moraes¹⁴¹ afirma que a presunção de inocência possui desdobramentos como norma probatória e como norma de juízo, sendo a primeira relacionada com uma atividade probatória lícita que recai sobre a acusação, ao passo que a segunda se manifesta na subjetividade, relacionada com a noção de suficiência, probabilidade e dúvidas sobre as provas já produzidas.

Com relação à norma de juízo, Moraes¹⁴² afirma que esta vertente é composta pelo *in dubio pro reo* e pelo *favor rei*, que resulta na aplicação da tese mais favorável ao réu nos casos em que a acusação não tenha sido suficiente.

Ferreira¹⁴³ alega que essa última perspectiva de “norma de juízo” é bastante utilizada por diversos autores, como integrante da ética do magistrado, de modo que a presunção deve resultar no tratamento processual que o juiz confere ao acusado. Assim, utilizando-se da explicação de Aury Lopes Jr, argumenta o autor que o juiz possui obrigação de manter tanto uma posição negativa (não considerando culpado) quanto positiva (tratando-o como inocente).

Visto uma das principais vertentes do princípio, analisaremos no próximo item o efeito da presunção de inocência como regra de tratamento do indivíduo.

¹³⁹ MORO, Sergio Fernando. **Crime...** p. 146.

¹⁴⁰ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Op. cit. p. 46-47.

¹⁴¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit. p. 462-464.

¹⁴² Ibidem. p. 471-472.

¹⁴³ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Op. cit. p. 53-54.

3.4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO: PRISÕES PROCESSUAIS

A partir da Carta Magna de 88, a expressão “ninguém pode ser considerado culpado” estabelecida no seu art. 5º, inciso LVII, enaltece o entendimento do princípio como regra de tratamento do indivíduo, pois impede que o acusado receba tratamento que é destinado aos culpados antes da sentença condenatória.¹⁴⁴

Nesse sentido, Souza Netto¹⁴⁵ argumenta que o âmbito da presunção de inocência não se limita à disciplina probatória, já que parte do devido processo legal e irradia por todo o sistema penal de intervenção estatal sobre uma pessoa, alcançando, assim, a investigação do cidadão e o tratamento a ele dispensado em toda a trajetória até a aplicação ou não da pena.

Desse modo, segundo Camargo¹⁴⁶, o reflexo mais marcante dessa vertente do princípio é visto na disciplina prisional. Isso porque, a prisão transmite o estigma de culpado ao indivíduo que está sendo processado, pelo qual sua aplicação antes da sentença condenatória definitiva (sentido que veremos melhor mais adiante) deve ser reservada apenas para casos excepcionais, em que a necessidade de medidas cautelares seja demonstrada, sob pena de violação da presunção de inocência.

Portanto, a segunda consequência que pode ser extraída da presunção de inocência é a preservação, como regra, da liberdade física do acusado durante o processo penal.

Primeiramente, precisamos entender como funciona o regime das prisões processuais no nosso ordenamento jurídico, principalmente após as reformas de 2008 e 2011 na lei processual. Atualmente, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a prisão decorre de apenas duas possibilidades: a derivada de sentença penal condenatória irreversível (após o trânsito em julgado), e a prisão decorrente de medida cautelar, antes do fim do processo, quando são preenchidos os requisitos quanto à sua necessidade, que serão vistos adiante.

¹⁴⁴ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 257.

¹⁴⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. Op. cit. p. 154.

¹⁴⁶ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 256-257.

Pacelli¹⁴⁷ afirma que o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, foi elaborado com base no juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia remetia apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Havia, por exemplo, as prisões automáticas que derivavam da pronúncia e de condenação recorrível, constituindo, inclusive, a prisão como condição de admissibilidade para o recurso de apelação.

Tal paradigma foi alterado a partir da vigência da Constituição de 1988, com os incisos LVII e LXI do art. 5º¹⁴⁸, e principalmente, com a Lei 11.719/2008, que promoveu profundas alterações na matéria, exigindo, por exemplo, que toda prisão anterior à sentença condenatória funde-se em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.¹⁴⁹

As mudanças foram complementadas com a Lei 12.403/2011, que trouxe inúmeras alternativas ao cárcere, afastando a prisão provisória com a nova redação do art. 283 do CPP¹⁵⁰ e instituindo de forma definitiva a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado, fixando o caráter excepcional e subsidiário dessas prisões.¹⁵¹

Dentre outras mudanças, houve a revogação expressa dos arts. 595 e 393, ambos do CPP¹⁵², que determinavam, respectivamente, a deserção da apelação pela fuga do réu e o lançamento do nome do condenado em primeiro grau no rol dos culpados. Pacelli¹⁵³ lembra que mesmo antes da alteração legislativa, a Súmula 347

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 496-497.

¹⁴⁸ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 497.

¹⁵⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

¹⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 498 - 499.

¹⁵² Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

¹⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 500.

do STJ já pregava que “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”¹⁵⁴.

Visto que as prisões processuais atualmente admitidas só podem possuir natureza cautelar, adentraremos na análise dos requisitos que as autorizam. Inicialmente, Camargo¹⁵⁵ aponta duas características que revestem as medidas cautelares, que são a provisoriedade e a proporcionalidade. A primeira indica que a medida cautelar é instrumental, o que significa que é utilizada para alcançar determinado objetivo durante o processo criminal, podendo ser usada ou descartada a qualquer momento. Já a proporcionalidade é aquela que orienta os juízes a respeito da necessidade de aplicação da medida cautelar, sopesando-se as razões que levaram à adoção da medida e o prejuízo que é causado pela restrição do direito.

Segue a autora dizendo que os requisitos legais para a aplicação das medidas cautelares não são exatamente os mesmos que os do processo civil, já que estes correspondem ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, e possuem como objeto questões patrimoniais, ao passo que no processo penal, o objeto é predominantemente a liberdade do indivíduo. Assim, para a determinação de uma prisão cautelar, não é correto falar-se em *fumaça do bom direito*, mas na existência de provas de materialidade e fortes indícios sobre a autoria. Da mesma forma, o *periculum in mora* não reflete no processo penal o perigo na demora em si, mas em outros fatores como o perigo de fuga, a perturbação ao normal desenvolvimento do processo e a suscitação de desordem social ou econômica.¹⁵⁶

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr.¹⁵⁷ critica a impropriedade na utilização pela doutrina tradicional do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* como fundamento das medidas cautelares do processo penal, pois não se pode afirmar que há *fumaça do bom direito* para a decretação da prisão cautelar, mas a existência do *fumus commissi delicti*, como probabilidade de cometimento de um delito, ou mais especificamente, referente à prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Ainda, com relação ao *periculum in mora*, o autor alega que tal conceito é cabível apenas quanto às medidas cautelares reais, cuja demora pode fazer com que

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

¹⁵⁵ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 258-259.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 260-261.

¹⁵⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução...** p. 200.

haja a dilapidação do patrimônio do acusado. Entretanto, com relação às medidas coercitivas pessoais (como na prisão preventiva), o risco assume outro caráter¹⁵⁸. Nesse sentido:

Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o **fundamento**. [...] Aqui **o fator determinante não é o tempo**, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta da prova) [...] Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.¹⁵⁹(grifo no original).

O perigo de fuga deve ser comprovado por meio de provas certas, tais como quando o indivíduo está se desfazendo dos bens, preparando documentos para viagem e outros. Já a perturbação ao normal andamento do processo pode ser configurada quando há ameaça a testemunhas, tentativas de interferir na coleta de provas, de corromper os peritos e dentre outros. Por fim, com relação ao risco da ordem pública, esta poderá ser configurada quando as atitudes do indivíduo demonstrarem riscos para a paz social, como a prática de novas infrações penais, apologia ao crime, reunião em quadrilha ou bando e outros.¹⁶⁰

Em suma, estes são os requisitos necessários para que uma medida cautelar seja aplicada, permitindo assim, que ela seja imposta antes da sentença condenatória irreversível.

Dessa forma, o princípio da presunção cria uma regra de proibição do Estado em restringir a liberdade pessoal baseada unicamente na possibilidade de condenação futura. Por conseguinte, segundo o entendimento predominante, qualquer tipo de prisão processual obrigatória ou automática, que não seja fundamentada em razões cautelares, violaria a presunção de inocência.¹⁶¹

Resumidamente, vimos então, que o âmbito da atuação da presunção de inocência produz dois efeitos: um deles é no âmbito probatório, incumbindo à acusação o dever de comprovar a responsabilidade criminal acima de qualquer dúvida razoável, resultando também no princípio *in dubio pro reo*; e o outro se relaciona à

¹⁵⁸ Ibidem. p. 200-201.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit. p. 261.

¹⁶¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 57-58.

proibição da restrição da liberdade do réu antes da sentença, apenas pelo fato de estar respondendo a uma ação penal.¹⁶²

Segundo Nucci¹⁶³, o alvo principal da presunção de inocência é fazer com que o dever de provar a culpa seja do órgão acusatório. Os efeitos secundários seriam relacionados às restrições de direitos individuais apenas em situações excepcionais, os quais acabamos de analisar. Ademais, a presunção atrairia a aplicação de princípios correlatos, como a de que ninguém é obrigado a se auto acusar e a do direito ao silêncio.

Assim, pode-se dizer que o núcleo duro do princípio é aquele que trata do *standard* de prova para a condenação, que não admite qualquer tipo de restrição. Entretanto, o efeito do princípio no tratamento do acusado, apesar de impedir restrições aos seus direitos antes do julgamento ou revesti-los de caráter excepcional, não possui natureza absoluta, podendo neste ponto ser relativizado.¹⁶⁴

Partindo-se da premissa de que é possível a restrição do princípio quanto ao tratamento do acusado, é que serão tratados, nos próximos capítulos, algumas críticas referentes à duração do princípio da presunção de inocência estabelecida em nossa Constituição.

¹⁶² Ibidem. p. 58.

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios...** p. 334

¹⁶⁴ MORO, Sergio Fernando. **Crime...** p. 154.

4 CRÍTICA À DIMENSÃO TEMPORAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ENTRE O GARANTISMO E A EFETIVIDADE DA SANÇÃO

Entendido desde logo como princípio, não há dúvidas de que nos dias de hoje, no ramo jurídico, é difícil encontrar pessoas dispostas a manifestar qualquer oposição à presunção de inocência. Entretanto, isso não ocorre no seio da população, já que o aumento da criminalidade é associado ao princípio, o qual estaria impedindo a política eficiente do Estado para reprimir e impedir o crime.¹⁶⁵

A doutrina processual caminhou recentemente para uma visão reducionista focada apenas nos direitos fundamentais do réu. Entretanto, a obediência cega a alguns princípios e garantias processuais individuais acaba prejudicando a efetividade da justiça criminal, e consequentemente, violando os direitos sociais da coletividade. A visão individual liberalista, de que o Estado é inimigo do cidadão deve ser abandonada, a partir do momento em que ele existe também para a realização do bem comum.¹⁶⁶

É certo que a Constituição Brasileira optou por ampliar o termo final da presunção de inocência dado pelos próprios instrumentos internacionais, fixando-a no trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, o que será questionado é: até quando ocorre esse marco processual? Em outras palavras, os recursos especial e extraordinário, e o agravo contra a sua denegação – que não possuem efeito suspensivo – impediriam o trânsito em julgado?

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 84.078, entendeu-se que a presunção persiste até o trânsito em julgado, devendo-se aguardar o julgamento dos recursos extraordinário e especial para o início da execução da pena.

Entretanto, propõe-se um olhar mais crítico com relação à interpretação literal do dispositivo constitucional que é atualmente adotada, visto que nosso sistema de justiça vive uma crise decorrente da morosidade e do estímulo para a interposição de recursos com intuito meramente protelatório, o que acarreta, em muitos casos, a prescrição de diversas ações.

¹⁶⁵ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 9.

¹⁶⁶ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

Disso decorre a importância de analisar as peculiaridades do processo penal brasileiro, questionando a necessidade da espera do julgamento dos recursos extraordinários e especiais para que se opere o trânsito em julgado, que delimita o fim da presunção da inocência.

Sabe-se que os fins não justificam os meios, não podendo o Estado punir de qualquer maneira. É aqui que o processo penal ganha a sua missão de regular o exercício da função punitiva, tendo o difícil dilema de lidar com a efetividade da coerção penal e a garantia dos direitos fundamentais.¹⁶⁷

Entende-se que a atual interpretação do princípio em nosso ordenamento jurídico representa aplicação em absoluto da presunção de inocência, que não leva em conta a necessária ponderação com outros direitos igualmente relevantes. Assim, com a relativização do princípio após as decisões de segundo grau de jurisdição (Tribunais de Apelação), procura-se atingir um sistema processual eficaz que respeite os direitos e garantias fundamentais, objetivando alcançar equilíbrio entre o garantismo e a eficiência, pois a aplicação em absoluto de qualquer uma delas traz consequências desastrosas para o nosso Estado de Direito.

Essa crítica não é descabida, já que em diversos países democráticos não se aplica tamanha delimitação temporal à atuação do princípio da presunção de inocência como em nosso país, além do fato de que o Supremo Tribunal Federal adotou, durante vinte anos, posição menos extensiva do princípio.

4.1 DEVER DE EFICÁCIA DA PERSECUÇÃO PENAL E A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A Constituição brasileira trouxe os princípios que regem a persecução penal no interior de seu texto, elevando-os ao *status* de cláusulas pétreas e evidenciando a aproximação do país ao movimento constitucionalista de proteção de direitos fundamentais. Essa priorização acaba gerando deveres de proteção impostos ao Estado, sendo a maioria voltada à proteção do investigado/acusado (direito à ampla

¹⁶⁷ Ibidem. p. 24.

defesa, contraditório, direito ao silêncio, a própria presunção de inocência, vedação de provas ilícitas e outros).¹⁶⁸

Por outro lado, o Estado também persegue outro escopo, de que a persecução penal também é imprescindível à tutela dos direitos fundamentais. Como exemplo, Igor Figueiredo¹⁶⁹ cita os incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º da Constituição¹⁷⁰, que determinam a tipificação dos crimes de racismo, tortura, tráfico e ação de grupos armados contra a ordem constitucional.

Assim, juntamente às garantias de direitos fundamentais do réu, a Constituição Federal brasileira também coloca como prioridade a eficácia da persecução penal, quando há o cometimento de um delito. Isso porque, ao aplicar devidamente a lei penal, afastando a impunidade, também estará resguardando a tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos.¹⁷¹

Esse dever de eficácia decorre, como apontado acima, de algumas fontes explicitamente previstas na Constituição. Dentre elas, Figueiredo¹⁷² menciona a criação de mandados de criminalização no catálogo de direitos fundamentais, deixando claro que a persecução criminal é uma de suas prioridades, bem como a previsão de direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, fazendo com que o direito penal exerça papel importante na função do Estado em protegê-los.

O autor pontua alguns elementos interessantes da teoria dos direitos fundamentais para compreendermos a importância do direito penal na proteção dos direitos da coletividade. Basicamente, grande parte da doutrina constitucional distingue duas perspectivas para os direitos fundamentais: a objetiva, representada pelos valores disseminados na sociedade; e a subjetiva, que diz respeito aos direitos subjetivos individuais. Para o nosso estudo, é mais relevante a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, construída por meio da jurisprudência da Corte Federal Constitucional da Alemanha (caso *Lüth*), da qual extraiu-se o entendimento de que

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 61-62.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 63.

¹⁷⁰ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

¹⁷¹ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 63.

¹⁷² Ibidem. p. 68.

“todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais”.¹⁷³

Uma das importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais citadas por Ingo Sarlet¹⁷⁴ é a obrigação do Estado de efetivar e proteger esses direitos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra as agressões oriundas de particulares. É exatamente nessa conjuntura que a persecução penal adquire papel fundamental para a proteção desses direitos previstos na Constituição.¹⁷⁵

Nesta lógica, segundo Figueiredo¹⁷⁶, se o Estado abrir mão da tutela penal, executando a persecução penal de forma negligente e ineficaz, inegavelmente estará desrespeitando o direito fundamental atingido, diante de proteção insuficiente.

Essa ideia é bem exposta por Claus Roxin:

Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), **mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.)**, sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.¹⁷⁷ (sem grifo no original)

No mesmo sentido, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna¹⁷⁸ apontam com veemência que a obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais poderá afetar a efetividade da justiça criminal e do comprometimento com os direitos sociais da coletividade. Por consequência, deverá se admitir algumas relativizações em situações limites, pois a obediência sem concessões “acaba causando enorme impunidade, o que, sem sombra de dúvida, configura um dos fatores que contribui para a atual ‘crise da justiça criminal’, e que no fundo acarreta uma ameaça ao Estado de Direito.”¹⁷⁹

¹⁷³ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 66.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e propriedade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 47, março-abril 2004. p. 92-93.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 67.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47.

¹⁷⁸ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Op. cit. p. 25-26.

¹⁷⁹ Idem.

Assim, segundo Figueiredo¹⁸⁰, além da construção de direitos e garantias fundamentais ao acusado, não se pode abrir mão da persecução penal como mecanismo de tutela de direitos, já que esta também foi colocada em posição destacada pela Carta Maior. Desse modo,

A tutela de direitos fundamentais do réu deve conviver harmonicamente com uma persecução penal eficaz, e, nessa dosagem, o Estado passa a garantir um processo justo, leal ao acusado, assegurada a paridade de forças entre a acusação e defesa, **mas que não compactua com a imunidade e a deficiência no dever de proteger os direitos da sociedade.** ¹⁸¹ (sem grifo no original)

Isso não ocorre com a interpretação literal do dispositivo constitucional da presunção de inocência, que estende, sem restrições, a duração da presunção *até o trânsito em julgado da sentença condenatória*. A aplicação absoluta desse princípio acarreta violação do dever de eficácia da persecução penal em nosso atual sistema criminal.

Assim, está claro que há conflito entre o princípio da presunção de inocência, insculpido na Constituição Federal no art. 5º, inciso LVII, e a eficiência da persecução penal, assegurada pelos direitos fundamentais (como a vida, em sua dimensão objetiva, e a segurança) ambos estabelecidos no art. 5º, caput, da CF¹⁸², e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF¹⁸³).

Conforme aduz Carvalho¹⁸⁴, mesmo pensando dentro da tese do garantismo, a teoria da ponderação de bens deve ser utilizada para resolver os conflitos entre os princípios penais de natureza constitucional. Isso porque, segundo o autor, o direito processual penal representa a essência da colisão de princípios constitucionais, como pode ser visto no conflito entre o princípio da liberdade e o da segurança pública.

Varalda¹⁸⁵ argumenta que as constrições entre princípios são admitidas no direito constitucional e processual, como pode ser visto com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, segundo o autor, é impossível negar a

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Igor Nery. Op. cit. p. 64.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (sem grifo no original).

¹⁸³ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

¹⁸⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit. p. 48.

¹⁸⁵ VARALDA, Renato Barão. Op. cit. p. 72.

restrição da presunção de inocência, visto que a sua aplicação absoluta inviabilizaria o princípio da investigação e da própria segurança pública.

Diante disso, torna-se imprescindível a utilização da famosa teoria da colisão de princípios fundamentais de Robert Alexy¹⁸⁶. Para essa teoria, as regras distinguem dos princípios, na medida em que as primeiras possuem caráter definitivo, fazendo com que a forma de aplicação se dê por meio da regra da subsunção. Já os princípios são considerados *mandados de otimização*, sendo natural a colisão com outros princípios sem que haja invalidade de um deles, fazendo com que a forma de aplicação seja por meio da ponderação.

Assim, para a teoria de Alexy, a solução para a colisão desses princípios estaria no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), já que estes devem ser realizados na medida do possível. Em suas palavras, “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais”¹⁸⁷.

Dessa forma, serão expostas a seguir as críticas da duração temporal da presunção de inocência, a fim de que se alcance uma solução que respeite a ponderação dos princípios envolvidos, buscando a menor violação possível dos dois princípios em conflito.

4.2 CRÍTICA À DIMENSÃO TEMPORAL: SIGNIFICADO DO TRÂNSITO EM JULGADO

Desde que a Constituição de 1988 entrou em vigor, já foi levantada a questão sobre o marco processual da presunção de inocência por Afrânio Silva Jardim, em simpósio submetida à conferencista Ada Pellegrini Grinover, gerando polêmicas até os dias de hoje.¹⁸⁸

A questão era saber até que ponto do *iter* recursal se estende a presunção de inocência. Caso se entenda que os recursos extraordinário e especial impedem o

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 37.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 117-118.

¹⁸⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit. p. 191.

trânsito em julgado, vigorando ainda a presunção de inocência, seria o mesmo que dizer que estes recursos possuem efeito suspensivo, a despeito do teor do art. 637 do CPP¹⁸⁹ e art. 27, §2º da Lei 8.038/90^{190, 191}

Naquela oportunidade, a conferencista sustentou que o trânsito em julgado das decisões do segundo grau ocorre com a inadmissibilidade dos recursos extraordinário e especial. Assim, somente o recebimento desses recursos teria o condão de suspender a prisão em virtude de condenação, não ocorrendo o mesmo em relação ao agravo interposto contra a decisão que não os admite.¹⁹²

Dessa forma, nesse entendimento, a presunção de inocência só desaparece após a constituição da coisa julgada material, que ocorre com o conhecimento e rejeição do recurso extraordinário ou especial, com sua não interposição ou com o julgamento e a rejeição do agravo interposto para o recebimento dos referidos recursos.¹⁹³

Carvalho¹⁹⁴ reconhece que o prolongamento das lides é indesejável e colabora para a impunidade, fazendo com que as indagações apresentadas por Afrânio Silva Jardim sejam muito pertinentes. Entretanto, argumenta que o princípio constitucional não pode ter a sua interpretação limitada. Isso porque, na sua visão, o instrumento correto para evitar a inaplicabilidade da lei penal e a consequente impunidade seria o da prisão preventiva durante o processo.

Todavia, o autor aduz que o ideal seria que a Constituição tivesse apenas expressado o princípio em termos genéricos, não fixando marco processual, a fim de que a jurisprudência pudesse adequá-la melhor. Assim como fez a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, n. 2¹⁹⁵, ao prever que a presunção de inocência duraria até que se comprove a culpabilidade, permitindo que regras

¹⁸⁹ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

¹⁹⁰ § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

¹⁹¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit. p. 191.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibidem. p. 192.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa". (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2015).

infraconstitucionais estabeleçam quando terminaria a presunção por meio dos efeitos atribuídos aos vários recursos.¹⁹⁶

Como já visto, nota-se que não apenas na referida Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas em nenhum dos tratados internacionais, que positivaram expressamente a presunção de inocência, mencionam o trânsito em julgado para ser comprovada a culpa. Apenas determinam que a presunção de inocência perdurará até que se comprove a culpabilidade, respeitando as garantias de defesa do indivíduo e o devido processo legal.

Colaborando para esse entendimento, Sérgio Moro¹⁹⁷ menciona a possibilidade da prisão após a sentença condenatória segundo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a relativização do princípio da presunção de inocência após a sentença condenatória em primeiro grau (com a inversão do ônus da prova) que se opera nos Estados Unidos:

Apenas como exemplo, é oportuna a referência ao art. 5º, I, 'a', da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que considera a condenação criminal, ainda que por julgamento não definitivo, motivo suficiente e autônomo para a prisão. Também nos Estados Unidos, ainda um modelo de legislação eficaz e compatível com os princípios liberais democráticos (excluem-se os excessos decorrentes da assim denominada guerra contra o terrorismo), não tem o condenado em primeiro grau de jurisdição um direito irrestrito de apelar em liberdade. Ao contrário, tem ele o ônus de demonstrar que sua liberdade não coloca em risco a sociedade ou o processo e que seu recurso não tem cunho protelatório. Há uma nítida distinção entre a situação do acusado antes e depois da condenação, mesmo não sendo esta definitiva, cf. Título 18 do US Code, Seção 3.143, 'n', e Rule 46, 'c', da Federal Rules of Criminal Procedure.¹⁹⁸

Nesse sentido, Javier Rodriguez¹⁹⁹ destaca que a presunção de inocência definida nas Convenções Internacionais²⁰⁰ não impede a privação de liberdade durante o processo, reconhecendo, entretanto, a sua influência na regulação da prisão provisória.

¹⁹⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit. p. 192.

¹⁹⁷ MORO, Sérgio Fernando. O processo penal no crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JR., José Paulo (org.). **Lavagem de Dinheiro** – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, L.L. M., Javier Llobet. apud. VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2007. p. 60-61.

²⁰⁰ Art. 5, inciso 4 e art. 7, inciso 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 10, inciso 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 5, inciso 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ainda, Varalda²⁰¹ alega que nem mesmo a Declaração Universal de Direitos Humanos pretendeu exagerado dimensionamento do princípio, que impedisse qualquer restrição da liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já que a proibiu em seu artigo 9º²⁰² apenas as prisões arbitrárias.

Isso pode ser explicado pelos ensinamentos de Sérgio Moro²⁰³, o qual aponta que a presunção de inocência não esteve vinculada historicamente aos efeitos de recursos, mas ao *standard* de prova necessária para a condenação, protegendo os direitos do acusado **antes** do julgamento.

Dessa forma, na visão do autor, a espera do trânsito em julgado para que a decisão tenha eficácia acaba transformando as sentenças condenatórias em meros pareceres jurídicos, além de desconsiderar todos os problemas conhecidos do nosso sistema de justiça, agravando a morosidade com a prodigalidade recursal e colocando em sério risco a efetividade do processo criminal.²⁰⁴

Apesar de ser possível a interposição de recursos às Cortes Superiores que suspendam os efeitos da condenação, quando apurada a plausibilidade da tese jurídica, Sérgio Moro²⁰⁵ alerta que não devemos transformar a regra em exceção, transformando a suspensão em efeito automático do recurso.

Como será visto a seguir, a comprovação da culpabilidade respeitando as garantias do acusado não necessita da formação da coisa julgada material. Para melhor compreendermos em qual momento se daria essa comprovação da culpabilidade, precisamos atentar para as regras de nosso sistema recursal brasileiro, principalmente com relação aos recursos extraordinários e especiais.

É sabido que o duplo grau de jurisdição é garantia de grande relevância em nosso sistema penal, visto que possibilita a revisão do julgado contrário aos interesses individuais. Para isso, é necessário que o recurso seja analisado por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional.²⁰⁶

Conforme leciona Pacelli²⁰⁷, a revisão do julgado possibilita a reapreciação da matéria de fato e de direito por número maior de juízes, cuja formação exhibe, em regra,

²⁰¹ VARALDA, Renato Barão. Op. cit. p. 73.

²⁰² Art. 9º - Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado. (ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 17 de abril de 2015).

²⁰³ MORO, Sergio Fernando. **Crime...** p. 156.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 886.

²⁰⁷ Idem.

maior experiência judicante. Isso faz com que o número de erros judiciais diminua bastante, revelando-se algo bastante positivo.

Nessa linha de raciocínio, a imposição de prisão fundamentada em sentença condenatória de primeiro grau não se mostra opção muito segura, visto que há grande chance de a decisão ser modificada pelo Tribunal *ad quem*.

Da mesma forma, para Batisti²⁰⁸, a conjugação definitiva da culpa com a primeira decisão judicial enseja problema em face da presunção de inocência. Isso porque se o recurso for provido com a consequente absolvição do acusado, o início do cumprimento de pena na pendência do recurso representa violação da presunção de inocência. A partir disso, tem-se o efeito lógico de que, sendo o recurso inerente ao processo e garantido em nosso ordenamento jurídico, não é possível impor ao acusado condenado em primeiro grau, tão logo, o cumprimento da pena, enquanto houver recurso pendente.

O mesmo não pode ser dito com relação às sentenças confirmadas pelos Tribunais de Apelação. Isso porque as instâncias extraordinárias não podem ser vistas como terceiro e até quarto grau de jurisdição (como lamentavelmente ocorre no Brasil). Conforme leciona Pacelli²⁰⁹, a justificação de tais recursos (recurso extraordinário e/ou recurso especial) é distinta daquela do duplo grau, de modo que:

A jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, quando alcançadas pelos mencionados recursos, cumprem outra missão, qual seja, a da tutela, pela via difusa, da unidade da Constituição e da legislação infraconstitucional, respectivamente.²¹⁰

Além disso, o fato de não ser possível analisar questão probatória nesses recursos, conforme a Súmula 7 do STJ²¹¹ e a Súmula 279 do STF²¹² já demonstra que a culpabilidade com relação à matéria de prova já está formada, enquadrando-se nos limites propostos pelo princípio da presunção de inocência dos diversos tratados internacionais.

²⁰⁸ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 226.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 886-887.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Súmula 7: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2015).

²¹² "Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_3_00>. Acesso em: 26 de agosto de 2015).

É por meio disso que se torna defensável a tese de que a menção ao trânsito em julgado poderia aludir à simples confirmação do julgamento pelo Tribunal Revisor, sem qualquer violação ao princípio instituído nos instrumentos internacionais.

Da mesma forma, Batisti²¹³ alega que se deve levar em conta que o Brasil possui recursos de natureza ordinária e extraordinária. Esses últimos possuem algumas especificidades, pois se destinam a verificar a compatibilidade com o direito, sendo invariavelmente vedada a reapreciação de provas. Assim sendo, para o autor, a presunção de inocência não poderia prevalecer nesse momento, sob pena de dar um alargamento ao princípio que não existe em diversos países democráticos.

Batisti²¹⁴ argumenta que o recurso de índole extraordinária possui a função de assegurar a unidade do direito, a fim de que seja aplicado com a mesma conformidade. Dessa forma, os Tribunais encarregados dessa análise não se convergem em terceiro ou quarto grau de jurisdição, mas apenas objetivam corrigir erros de interpretação para uniformizar a jurisprudência, atingindo apenas reflexamente ao recorrente. Assim, não haveria redução do direito de defesa, visto que a alusão a erro de direito também pode ser feita por meio de liminar em *habeas corpus*, podendo, assim, a qualquer momento, cessar o cumprimento de pena após a condenação confirmada por Tribunal.

No mesmo sentido, Gonçalves²¹⁵ afirma que o fato de os recursos especial e extraordinário impedirem a pronta execução da pena confirmada pelos Tribunais de segundo grau, faz com que o ajuizamento desses recursos ao STJ e ao STF seja menos utilizado para assegurar a unidade da aplicação do direito federal ou para verificar a constitucionalidade da lei penal, e mais para procrastinar o trânsito em julgado da condenação, obtendo a prescrição. Por essa razão, o autor defende que o prazo da prescrição não deve fluir enquanto pendente apenas o julgamento de recurso especial ou extraordinário.

O que se procura defender é que o princípio da presunção de inocência não se estende até os recursos de natureza extraordinária, visto que a comprovação da culpabilidade ocorre com a impossibilidade de interposição de outro recurso ordinário.

²¹³ BATISTI, Leonir. Op. cit. p. 227.

²¹⁴ Ibidem. p. 227-228.

²¹⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007. p.125-126.

Dessa forma, o uso da expressão *trânsito em julgado* na Constituição Federal deve ser interpretado em conformidade com as regras derivadas dos Instrumentos Internacionais. Por conseguinte, é perfeitamente defensável que o recurso que impede o trânsito em julgado é apenas o recurso ordinário.

Nesse sentido, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna²¹⁶, ao analisarem a forma como o princípio foi disposto na Constituição (até o trânsito em julgado), questionam como a presunção de inocência poderia prevalecer com a existência de uma sentença que analisou a fundo questões de todas as circunstâncias do caso concreto.

Assim sendo, argumentam que não há razões para impedir a execução do julgado pendente apenas o recurso especial e extraordinário. Isso porque além de tais recursos não terem efeito suspensivo, tornando a decisão do tribunal *a quo* plenamente exequível, estes são cada vez mais encarados como medidas excepcionais, possuindo menos relação com a correção do caso concreto e mais com a preservação do ordenamento jurídico. Ainda, alegam que o fato de a Lei de Execução Penal ser aplicável para os presos provisórios demonstra a possibilidade da execução provisória no processo penal.²¹⁷

Pacelli também faz a seguinte ressalva quanto à interpretação que se dá à presunção de inocência:

De se ver, no ponto, que **a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática**, na medida em que – sabe-se, a mais não poder – toda decisão dos tribunais superiores, seja para *apreciar*, seja para *rejeitar* o cabimento do recurso especial ou extraordinário, **pode levar muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária (primeiro e segundo grau)**. O Direito, enquanto conjunto de *regras*, há que se manter aberto às exceções, inerentes à complexidade do mundo da vida e da diversidade histórica.²¹⁸ (sem grifo no original).

Desse modo, o autor pondera que o direito deve estar sempre aberto às exceções, citando os casos em que não se questiona a autoria e a materialidade do fato criminoso, nos quais a interposição dos recursos especiais e extraordinários, dos agravos contra o seu indeferimento e os infundáveis embargos de declaração são

²¹⁶ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. Op. cit. p. 84.

²¹⁷ Ibidem. p. 85.

²¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 499.

utilizados com o único propósito de protelação do trânsito em julgado, ocasião em que não deveria ser impedida a execução.²¹⁹

Entretanto, o autor alega que a atual redação do art. 283 do CPP²²⁰ impede qualquer possibilidade para a execução provisória em matéria penal. Complementa dizendo que a interpretação está absolutamente correta, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar, jamais descumprir.

Há posições menos radicais da redução da duração da presunção de inocência, como a exposta por Carvalho²²¹, de que seria plausível a desconsideração do princípio quando nem a autodefesa ou a defesa técnica utilizam tese que possa livrar o réu de condenação. Nesses casos, os recursos extraordinário e especial teriam efeito apenas devolutivo, fazendo com que a sentença condenatória ou o acórdão virasse título executivo. O único obstáculo dessa interpretação seria a possibilidade de absolvição de ofício por parte do tribunal que estiver examinando o recurso.

Ainda, Carvalho²²² faz a ressalva de que as normas e princípios não podem ser interpretados de forma isolada do mundo real:

Concorda-se que uma coisa é presumir a inocência de todos, especialmente daquele que está afirmando sua própria inocência; outra coisa é continuar presumindo a inocência de quem, além de já condenado pela segunda instância ou pelas duas instâncias, não está mais lutando por tese que evite a sua prisão.²²³

Entretanto, o autor acredita que a presunção de inocência deve perdurar até o trânsito em julgado, já que não possui força para sobrepor ao texto constitucional, indicando que a solução estaria nas mãos do Poder Legislativo e não do Judiciário.²²⁴

É inegável que se analisarmos literalmente o dispositivo constitucional da presunção de inocência, chegaremos à conclusão de que o entendimento atual é o correto. Parece sim, que a solução para esse problema está nas mãos do Poder Legislativo. Entretanto, não impede que o princípio seja alvo de críticas, já que é

²¹⁹ Ibidem. p. 607.

²²⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. ([Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011](#)).

²²¹ BELLAVISTA, Girolamo. apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 192.

²²² Ibidem. p. 193.

²²³ Idem.

²²⁴ Idem.

perfeitamente cabível a sua alteração nos termos aqui propostos, sem que afete o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência.

Fechar as portas para uma possível restrição do seu alcance nas esferas extraordinárias seria ignorar completamente a realidade problemática que vivemos atualmente, de interposição de infinitos recursos com o intuito apenas protelatório, cumulada com a morosidade da justiça, que pode levar à prescrição de diversos delitos, afetando, indiretamente, os direitos fundamentais e o dever de eficácia da persecução penal, também garantida em nossa Constituição.

Ademais, a aplicação absoluta da determinação literal do princípio da presunção de inocência acaba por ferir o sistema de ponderação e proporcionalidade da teoria de Alexy, já que não se está levando em conta que essa interpretação do princípio está violando outros direitos fundamentais.

Varalda²²⁵ alerta que o princípio possui valor político, não podendo suas implicações serem consideradas absolutas. Em outros termos, apesar de possuir amplo significado, seja como regra de tratamento ou de juízo, não se trata de declaração em benefício exclusivo de um cidadão, de modo que, “o referido princípio, enquanto tratamento dispensado ao suspeito ou acusado antes de sentença condenatória definitiva, tem natureza relativa”.

O autor menciona que a relativização do princípio da presunção de inocência só é possível caso esteja baseada numa dedução de fatos demonstrados com mínima atividade probatória.²²⁶

A ideia aqui defendida exige mais do que mínima atividade probatória para a restrição do princípio, mas o seu esgotamento com a confirmação da sentença condenatória pelo segundo grau de jurisdição.

Nesse sentido, Varalda transcreve interessante trecho do pronunciamento de Marcus Vinícius Reis Bastos, no Seminário Internacional intitulado *Propostas para um novo modelo de persecução criminal – combate à impunidade*, nos dias 5 e 6 de 2005, no auditório do Superior Tribunal de Justiça:

A exigência do trânsito em julgado para a admissão da execução da pena, exceção feita às hipóteses em que a materialização da reprimenda se dê em benefício do réu-condenado, significa retirar da jurisdição criminal o pouco de efetividade que lhe resta. É que nosso processo revela-se excessivamente burocrático e formal, características que contribuem

²²⁵ VARALDA, Renato Barão. Op. cit. p. 64.

²²⁶ Ibidem. p. 67.

decisivamente para a sua lentidão. **Exigir, para o desencadear da execução penal, o exaurimento de todos os graus de jurisdição, que em alguns casos pode chegar a quatro, significa protelar para data incerta e absolutamente distante da data do cometimento do ilícito, a aplicação da sanção penal.** ²²⁷ (sem grifo no original).

Frisa-se que a presunção de inocência não deve ser relativizada antes do julgamento, devendo perdurar até a comprovação da culpabilidade com o respeito das garantias de defesa. Ocorre que o marco delimitado para o fim da presunção de inocência foi fixado exacerbadamente pela nossa Constituição até o trânsito em julgado, sem medir os inconsequentes prejuízos. Considerando nosso sistema recursal, a comprovação da culpabilidade não condiciona a espera dos recursos de natureza extraordinária, já que o duplo grau de jurisdição não atinge as decisões de nossos Tribunais Superiores na análise de recursos extraordinário e especiais, não havendo razões para a prevalência da presunção de inocência nesta fase processual.

Diante do exposto, percebe-se que a posição aqui defendida (restrição da presunção após sentença confirmada por segundo grau de jurisdição) não viola o princípio da presunção de inocência consagrado nos diversos instrumentos internacionais e nos principais países democráticos.

Inclusive, esta já foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que durante anos autorizou a expedição de mandados de prisão, mesmo na pendência do julgamento do recurso especial e extraordinário. Em 2009, mudou-se o entendimento da Corte e acabou prevalecendo a posição de que, a despeito da inexistência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, somente seria possível a expedição do mandado de prisão após o julgamento de tais recursos, com o trânsito em julgado da decisão, tendo o STJ seguido essa mesma posição. Esse julgado paradigma será analisado no próximo capítulo.

²²⁷ VARALDA, Renato Barão. Op. cit. p. 152-153.

5 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Analisando a jurisprudência de nossa Corte Suprema, é possível perceber que durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que era possível a execução da pena após a sentença confirmada em segundo grau, mesmo com a pendência apenas dos recursos extraordinário e especial.

Entretanto, essa posição foi alterada com o julgamento do HC 84.078, que exigiu o esgotamento de todos os recursos, inclusive o especial e extraordinário, para que se operasse o fim da presunção de inocência. A seguir, serão analisados os principais argumentos expostos no julgado.

5.1 ESTUDO DO JULGADO PARADIGMA - HC 84.078

Como já foi dito, anteriormente ao julgado do HC 84.078 de 2009, o STF vinha decidindo que era possível a execução da pena mesmo quando havia recursos extraordinários e especiais a serem julgados. As razões para esse entendimento eram fundamentadas na ideia de que o trânsito em julgado da sentença condenatória se adquiria quando não fosse mais admissível recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo). Esse entendimento pode ser visto no HC 68.726, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, cuja ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CON CERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, **OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO**. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA

SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.²²⁸ (sem grifo no original).

Mais especificamente com relação à noção de sentença transitada em julgado, interessante se faz a transcrição do trecho do voto do Ministro relator Neri da Silveira:

Reproduzindo lição de Espínola Filho, “in” Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 1959, vol. 7º, p. 296, nºs 1.404 e 1.405, observa DAMÁSIO DE JESUS, “in” CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANOTADO, 3ª ed., p. 397, acerca da **sentença com trânsito em julgado**: “Ocorre quando: a) **não é admissível recurso ordinário** (cujo efeito é suspensivo) contra ela; b) **decorreu o prazo legal sem interposição do recurso ordinário** (cujo efeito é suspensivo) contra ela; c) **decididos os recursos ordinários** (cujo efeito é suspensivo) interposto contra ela”.

Na obra referida, p. 396, ESPÍNOLA FILHO escreve: “O que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que contra a decisão não caiba mais recuso de espécie alguma ordinário ou extraordinário; **ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quanto pode ser executada, se bem que seja ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderes usar, os recursos ordinários admitidos**”. [...]

5. Se, portanto, já se consolidou juízo condenatório, “inclusive na manifestação colegiada da sede recursal”, perfeita e totalmente compatível com a Constituição Federal o texto do §2º, do artigo 27, da Lei nº 8.038/90, “*verbis*”:

§2º: Os recursos extraordinário e especial serão recebidos “no efeito devolutivo”.²²⁹ (sem grifo no original).

A título ilustrativo, pode ser citado o HC 69.964²³⁰, um dos *leading cases* da matéria, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, DJ 18/12/1992, no qual prevaleceu o entendimento de que era possível a execução provisória da sentença após a confirmação pelo Tribunal. Ainda, citam-se os seguintes julgados que demonstram o entendimento pacífico em ambas as Turmas da Suprema Corte: o HC 82.490²³¹, de

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

²²⁹ Ibidem. p. 3-4.

²³⁰EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. [...] (_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 69964**, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-07-1993 PP-13143 EMENT VOL-01710-02 PP-00262.6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015).

²³¹EMENTA: Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. **A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção**

relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence da Primeira Turma, DJ 29/11/2002 e o HC 81.964²³², de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, da Segunda Turma, DJ 28/02/2003.

Posteriormente, em 2004, com a mudança de composição do Tribunal, as Turmas passaram a divergir, não sendo mais admitida a execução da prisão antes do trânsito em julgado pela Primeira Turma, mantendo-se, por outro lado, a possibilidade de execução imediata devido ao efeito não suspensivo dos recursos pela Segunda Turma.

Assim, em 2009, a decisão foi levada ao Pleno para que se chegasse a uma uniformização, e foi a partir do julgado do HC 84.078 de relatoria do Ministro Eros Grau que o Plenário da Suprema Corte alterou radicalmente a sua posição, afastando a possibilidade de execução provisória da pena enquanto ainda estivessem pendentes os recursos extraordinário e especial.

No caso em exame, o paciente havia sido condenado por tentativa de homicídio duplamente qualificado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado. O Ministério Público pediu ao TJ-MG para que decretasse a prisão preventiva diante do risco da frustração de aplicação da lei penal, já que o réu, conhecido por produzir leite na região, estava colocando em leilão suas máquinas e rebanho holandês. Antes da subida do Recurso Especial ao STJ, o 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu o pedido do Ministério Público e decretou a prisão preventiva. Diante da denegação do *habeas corpus* impetrado no STJ, bem como da pendência de julgamento do Recurso Especial e do risco de ser cumprido o mandado de prisão, o réu impetrou ação de *habeas corpus* no STF, pedindo a suspensão da pena, sob o

constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - **não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária**, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. [...] (sem grifo no original). (_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 82490**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29-11-2002 PP-00022 EMENT VOL-02093-02 PP-00263. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79070>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015).

²³²EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPOSIÇÃO DA TURMA JULGADORA. VIOLAÇÃO AO ART. 617 DO CPP. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. [...]. 4 - **O princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. Precedentes.** 5 - Habeas corpus indeferido. (sem grifo no original). (_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 81964**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 28-02-2003 PP-00016 EMENT VOL-02100-02 PP-00367. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78913>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015).

argumento de que a presunção de inocência impossibilitaria a execução provisória da pena.²³³

Confira-se a seguir a ementa do *leading case*:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. **3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio subsequente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. **A Corte que**

²³³ MANZANI, Luis Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, **o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação** de cada qual Ordem concedida.²³⁴ (sem grifo no original).

A ordem foi concedida por maioria, tendo votado pela concessão do *habeas corpus* os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, restando vencidos os ministros Menezes Direito, Carmém Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Serão analisados a seguir os principais fundamentos dos votos dos ministros, expondo os argumentos de cada posição.

Começando pelos votos favoráveis à proibição da prisão enquanto pendentes os recursos extraordinários e especiais diante da presunção de inocência, iniciaremos com o voto do Ministro Relator Eros Grau.

Argumentou-se que, não obstante o art. 637 do CPP²³⁵ estabelecer que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, o art. 105 da LEP²³⁶ condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, apontou-se que o art. 164 da referida lei²³⁷ dispõe que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial.

Assim, segundo o ministro, a partir do disposto no inciso LVII do art. 5º da CF, tem-se que os preceitos veiculados pela Lei de Execução Penal, “além de adequados

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

²³⁵ Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

²³⁶ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

²³⁷ Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP”.²³⁸

Além disso, o ministro aludiu ao fato de que ambas as Turmas do STF afastam a aplicação de pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado, atendendo o art. 147 da LEP²³⁹, de modo que a restrição da liberdade antes da sentença definitiva demonstraria tratamento desigual a situações iguais, violando o princípio da isonomia.

Por fim, o Ministro Eros Grau defende que o fato de os tribunais serem inundados de recursos especiais e extraordinários, com a postulação de recursos meramente protelatórios para atingir prescrição, não pode sobrepor-se à garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado. Assim, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação caracteriza restrição ao direito de defesa, de modo que a única prisão provisória a ser admitida é a que possui natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária e de prisão preventiva.

Passamos agora à análise do voto do Ministro Celso de Mello, que inicia a sua exposição alegando que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Assim, para o ministro, o direito fundamental da presunção da inocência remanescerá mesmo após a confirmação da condenação em segunda instância, uma vez que o marco estabelecido na Constituição foi o trânsito em julgado. Ainda, registrou que o STF tem estendido o alcance da presunção de inocência para abranger situações que não possuem natureza criminal, como no caso da ADPF 144/DF, na qual foi considerada inconstitucional a lei que reduz os salários dos funcionários que respondem processo penal.

No mesmo sentido, o argumento utilizado pelo Ministro Cezar Peluso foi de que o princípio consiste em uma garantia no sentido substancial, não tolerando qualquer restrição na liberdade enquanto não houver condenação em caráter definitivo. Além disso, aduziu que a presunção é elucidada pelo princípio do devido processo legal, que exige um processo justo. Nesse sentido, em sua visão, não

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 de setembro de 2015. p. 1080.

²³⁹ Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

haveria processo justo se fosse possível a privação de liberdade sem juízo definitivo de condenação, fundada apenas no fato de o acusado responder ação penal.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes levanta alguns dados sobre presos provisórios do Conselho Nacional de Justiça para contrariar o argumento da inefetividade do processo criminal. O ministro cita que dentre 480 mil presos (dados de 2008), 180 mil são presos provisórios, sendo que em diversos casos sequer houve o oferecimento da denúncia.

Continua o ministro alegando que a efetividade da Justiça Criminal pode ser alcançada por outros meios, citando a própria visão ampla da prisão preventiva, para que nos casos mais graves, o próprio legislador possa atuar. Assim, para o ministro, a prisão nesses casos feriria o princípio da proporcionalidade, já que a aceção da necessidade (existência de outro meio igualmente eficaz) não seria respeitada, uma vez que a antecipação da execução da pena pode ser alcançada com a adoção de outras prisões provisórias. O ministro menciona ainda que as jurisprudências espanhola e alemã não admitem a prisão provisória.

Esses foram os principais argumentos utilizados nos votos que conduziram a decisão do HC 84.078. Antes de analisarmos os principais fundamentos da posição contrária, serão tecidas algumas críticas quanto a determinados argumentos utilizados.

Primeiramente, a posição do Ministro Celso de Mello revela interpretação extremamente literal do dispositivo da Constituição, sem levar em conta todo o sistema constitucional e outras garantias, como o da eficiência da persecução penal e a defesa dos direitos fundamentais (em sua dimensão objetiva) que também merecem proteção do Estado. Como mencionado anteriormente, essa delimitação até o trânsito em julgado não existe em diversos documentos internacionais e nas constituições de diversos países democráticos, já que essa vertente da presunção de inocência não possui caráter absoluto. O problema que merece atenção é que essa interpretação descomedida do princípio acaba violando outros direitos, que também devem ser protegidos, como o respeito à vítima e à própria atuação do Poder Judiciário. Como pode ser visto nesse voto, a visão que ignora toda essa realidade acaba dando valor absoluto à presunção, sem levar em conta o necessário sopesamento que todo princípio necessita.

Já o fundamento que leva em conta o enorme número de prisões provisórias no país, a fim de deslegitimar o argumento da busca pela efetividade da persecução

penal, não parece ser correto, considerando que não se pode discriminar quais delas são decorrentes de condenação confirmada por tribunal, podendo grande parte delas derivar de prisões cautelares, que são admitidas pela Corte. Tais números, em verdade, podem demonstrar que há excesso na utilização do instituto das prisões cautelares, principalmente aquelas fundadas na ordem pública, com fundamentação abstrata e insuficiente, e não que já existe efetividade da persecução penal no sentido que aqui defendemos.

Some-se a isso, o enfoque da prisão após a sentença confirmada por tribunal é diferente daquelas decorrentes das medidas cautelares, pois serão afetados aqueles que possuem capacidade (notadamente a econômica) para escapar da aplicação da lei penal com a utilização dos inúmeros recursos que nosso sistema oferece, contribuindo de fato, para a inefetividade da persecução penal. Esse grupo de pessoas não entram nessas estatísticas apontadas na pesquisa do CNJ.

Nesse sentido, Sérgio Moro²⁴⁰ alega que “Reclama-se, é certo, de um excesso de punição diante de uma população carcerária significativa, mas os números não devem iludir, pois não estão lá os criminosos poderosos”. Complementa afirmando que o processo penal deve tanto absolver o inocente quanto condenar o culpado, devendo ter condições para que a pena seja aplicada independentemente do quanto o acusado seja poderoso.

É o mesmo posicionamento do desembargador aposentado Vladimir Passos de Freitas²⁴¹, o qual alega que o sistema brasileiro é um dos piores do mundo, apontando para isso um recente julgado do STF, de 23 de abril de 2015, em que se julgou o *agravo regimental nos embargos de divergência nos embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário*²⁴². Acrescenta ainda o fato de que o recurso extraordinário era de pequena complexidade, tendo sido distribuído na Corte em 12 de junho de 2007. Assim, argumenta que:

²⁴⁰ MORO, Sérgio Fernando. **Caminhos para reduzir a corrupção**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/artigo-caminhos-para-reduzir-corrupcao-por-sergio-moro-17684788#ixzz3oO4oDfxj>>. Acesso em: 5 de novembro de 2015.

²⁴¹ DE FREITAS, Vladimir Passos. **Brasil avança no Ranking de piores sistemas de Justiça do mundo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-14/segunda-leitura-brasil-avanca-ranking-piores-sistemas-justica-mundo>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 551955 AgR-ED-ED-EDv-AgR**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429912>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

A fragilidade do sistema é a mesma. **Claro que ele não é frágil com pessoas de poucos recursos econômicos e culturais, que respondem a ações penais por crimes sem nenhuma complexidade Brasil afora. A ineficiência se revela onde o autor do delito tem meios de valer-se do sistema. [...]**

Óbvio que o sistema não funciona, no cível ou no crime ele é anacrônico. A Constituição de 1988 pode ser festejada em diversos aspectos, mas no sistema de Justiça **ela reduziu o Judiciário à ineficiência**. Antes dela as ações e as execuções das sentenças tinham razoável grau de previsibilidade.²⁴³ (sem grifo no original)

Por fim, quanto ao argumento de que a efetividade da Justiça poderia ser alcançada pela prisão preventiva, percebemos que essa necessitaria de algumas mudanças. Nesse sentido, Sérgio Moro²⁴⁴ aponta para uma alternativa interessante ao defender a possibilidade excepcional de iniciar a execução da pena logo após a confirmação da sentença por tribunal, com base no risco iminente da prescrição, que encaixaria no risco da aplicação da lei penal da prisão preventiva.

Outra alternativa apontada pelo autor seria a possibilidade de decretação da prisão preventiva facilitada, com menor rigor na avaliação de seus fundamentos, dando mais eficácia à sentença ou acórdão condenatório, uma vez que as questões de fato e de direito já teriam sido profundamente analisadas. Dessa forma, a prisão preventiva teria por base um juízo de certeza, mesmo que provisório, quanto à responsabilidade criminal do acusado, diferentemente daquelas decretadas antes do julgamento, baseadas em provável condenação.²⁴⁵

Considerando essas críticas pontuais, analisaremos agora os fundamentos favoráveis à restrição do princípio após sentença confirmada por Tribunal e no sentido defendido nesse trabalho.

Começando pelo voto-vista do Ministro Menezes Direito, há um interessante trecho no qual se argumenta que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal não possui o alcance que vem pretendendo conferir-lhe. Em suas palavras:

A norma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado” **não pode ser equiparada a uma vedação de privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinários e especial**. Nesses recursos, o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. **O**

²⁴³ DE FREITAS, Vladimir Passos. **Brasil avança no Ranking de piores sistemas de Justiça do mundo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-14/segunda-leitura-brasil-avanca-ranking-piores-sistemas-justica-mundo>>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

²⁴⁴ MORO, Sergio Fernando. **Crime...** p. 159-160.

²⁴⁵ Ibidem. p. 160.

esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinitivamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados. **Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução.**²⁴⁶ (sem grifo no original).

Continua o ministro argumentando que a lógica do princípio da presunção de inocência não se encaixa com a natureza desses recursos, visto que se fosse admissível a vedação da execução antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial, estar-se-ia atribuindo efeito suspensivo a eles. Ainda, estaria implicando subordinação dos julgamentos proferidos nas primeiras instâncias ordinárias aos julgamentos dos recursos excepcionais, descaracterizando assim a sua natureza e transformando-os em ordinários.

Quanto ao argumento de que haveria violação aos direitos à ampla defesa, o ministro alega que não há de se cogitar tal lesão, já que seria possível obter-se a suspensão da execução pelos amplos meios de defesa que nosso sistema processual confere aos réus.

Ainda, o ministro traz interessante argumento relacionado à incoerência da admissão da prisão cautelar fundada na garantia da persecução criminal antes do trânsito em julgado, e da negação com relação à prisão decorrente de sentença confirmada por Tribunal, sendo que esta é a melhor fundamentada ordem de prisão emanada, porquanto supõe o exame aprofundado das provas produzidas. Em outros termos, alega que seria contraditório admitir prisão cautelar com base em juízo sumário não exauriente para a garantia do processo penal, mas não admitir com relação à cognição exauriente e exaustiva realizada nas instâncias ordinárias. Assim, estar-se-ia reconhecendo valor maior ao processo em si do que ao alvo do processo (sentença ou acórdão).

Para complementar essa ideia, o ministro recorre aos ensinamentos de Dworkin com relação aos princípios, segundo os quais, apesar de não seguirem a ideia do *tudo ou nada*, não podem ser aplicados de forma discriminatória em situações que envolvam o mesmo conflito. Em outras palavras, não é possível configurar situações de privação de liberdade antes do trânsito em julgado que ora viola ora não

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 de setembro de 2015. P. 1101.

viola o princípio da inocência. Nesse cenário, o ministro não vê diferença entre a prisão decorrente de faculdade processual e a prisão decorrente da aplicação da lei penal, de forma que se fosse aplicada a regra da presunção de inocência de forma absoluta, ambas as formas de prisão estariam violando-a.

Inclusive, para o ministro, a orientação defendida reforça o papel das instâncias ordinárias e justifica a sua execução para dar resposta tempestiva à violação de direito que atinge a sociedade por inteiro.

Houve ainda a menção aos sistemas de países reconhecidamente liberais, que também adotam o princípio, como a dos Estados Unidos (Subseção “b” do § 3.528, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), da França (art. 367 do *Code de Procédure Pénale*), e do Canadá (art. 679 e 816 do *Criminal Code*).²⁴⁷

O ministro aponta que diante do estudo sobre a *Execução Provisória da Pena*, feito pelas Procuradoras da República Luiza Cristina Fonseca Frischesein, Mônica Nicida Garcia e pelo Procurador da República Fábio Gusman, constatou-se que em nenhum país do mundo admite-se que fique suspensa a condenação enquanto aguarda-se o julgamento pela Corte Suprema, quando já realizado o duplo grau de jurisdição. Outros países apontados pelo ministro que também não afastam a possibilidade de execução da pena são Espanha, Alemanha e Portugal.

Cabe a transcrição de um interessante trecho da pesquisa feita pelo Procurador da República Douglas Fischer, cujo tema é a *Execução da Pena na Pendência de Recurso Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistemática da Constituição*, também apontado no voto do Ministro Menezes Direito:

Impende-se reconhecer há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado **Princípio da Inocência**) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (**segurança social**, derivada diretamente do fundamento constitucional da **cidadania** e da **efetividade** do Poder Jurisdicional, evitando-se a prescrição, notadamente a intercorrente, e a impunidade por consequência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, as que regulam o Direito Penal). **A sopesação para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado. [...]**

A análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa da liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio

²⁴⁷ Esses artigos serão descritos no item 5.2, na explicação do voto da Ministra Rosa Weber, no julgado da ADC 29.

constitucional (**habeas corpus**) muito mais amplo e apto (**eficaz**) a proteger de forma absolutamente mais objetiva na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal.²⁴⁸ (grifo no original).

Por fim, o eminente ministro finaliza o seu voto alertando que se negarmos a possibilidade da prisão após o julgado final das instâncias ordinárias, estaremos transformando a Suprema Corte em nova instância regular, não excepcional, desvirtuando o sistema constitucional brasileiro.

Como já dito, reforça-se que a mudança aqui pretendida não busca reforçar o Estado punitivo que cumpre o papel de mantenedor da desigualdade, atingindo apenas aqueles das camadas mais desfavorecidas, visto que serão atingidos, nas palavras do Ministro Menezes Direito, “aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite”²⁴⁹, ou seja, aqueles que conseguem escapar ou dificultar a aplicação da lei penal, contribuindo justamente para aquele *status quo* combatido acima.

Passando para a análise do voto do Ministro Joaquim Barbosa, este faz uma inquietante ponderação com relação ao sistema recursal brasileiro, apontando que nenhum país do mundo oferece tamanha proteção em número de recursos. Para exemplificar, utiliza uma ação penal na qual foi relator, em que foram julgados nada menos do que sessenta e dois recursos. Diante disso, o ministro conclui que essa discussão se trata de uma verdadeira decisão política, fazendo com que os ônus dessa decisão sejam assumidos pelos ministros. Ou seja, o novo posicionamento estaria negando um sistema penal eficiente, que não se confunde com arbitrário, pois respeitaria o princípio da presunção de inocência, para adotar, em suas palavras, um “sistema penal de faz-de-contas”²⁵⁰.

Em seu voto, argumenta principalmente que as decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo grau de jurisdição devem ser respeitadas, pois são esses os órgãos prolatadores de decisões de mérito idôneos para esta finalidade. Se somente com uma decisão irrecorrível desta Corte seria possível dar credibilidade e executividade à decisão condenatória, melhor seria se todas as ações fossem

²⁴⁸ Ibidem. p. 1105.

²⁴⁹ Ibidem. p. 1106.

²⁵⁰ Ibidem. p. 1137.

processadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, pois seria como se as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias fossem letra morta.

Caso se entenda que os recursos extraordinário e especial não impedem a execução da pena, o princípio da presunção de inocência não estaria relegado à inoperância, pois este não é absoluto e incontestável, tanto que se admite a sua ponderação para a decretação da prisão preventiva e temporária. Para o ministro, a execução provisória da pena estaria fundada não na culpa incontestada do réu, mas na existência de decisões judiciais baseadas nos exames dos fatos.

Ainda, o ministro alega que a exigência da demonstração da repercussão geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário, advindo com a Emenda Constitucional nº 45, colaborou para o entendimento de que é compatível com o nosso sistema constitucional a execução provisória da pena quando estejam pendentes de julgamento os recursos excepcionais. Dentro dessa perspectiva, o ministro declara que a maioria esmagadora das questões que chegam para julgamento em recurso extraordinário não possui o preenchimento dos novos requisitos trazidos pela EC 45. Por meio de um levantamento dos Recursos Extraordinários em que foi relator, o ministro constatou que do total de 167 RE's julgados, 36 foram providos, sendo que dentre estes, 30 tratavam de progressão de regime em crime hediondo, que facilmente seriam providos por meio do *habeas corpus*. Ou seja, apenas 4% dos casos foram providos.

Para o ministro, a natureza desta prisão seria provisória e não definitiva, já que ainda não ocorreu o trânsito em julgado. Ainda, menciona que o art. 105 da LEP, ao dispor que “Transitando em julgado a sentença condenatória que aplicar pena privativa de liberdade, **se o réu estiver** ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”, (sem grifo no original), demonstra a possibilidade de que o réu já esteja preso quando do trânsito em julgado.

Ainda, aduz que a espera pela infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa colocariam em risco os fins da pena, de prevenção geral e especial. Isso porque o transcurso do tempo dos fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a conexão dos motivos que tornaram necessária a reprimenda penal. Ainda, prejudicariam a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade pacífica e ordeira.

No mesmo sentido, a ministra Ellen Gracie, ao iniciar o seu voto, assinala que os rumos que o julgamento está tomando altera a velha jurisprudência de vinte anos, em regime puramente democrático, que vinha sendo construído durante o período.

A ministra alega que seriam raríssimas as vezes em que a Corte concederia qualquer valia à sentença de primeiro grau ou à confirmada pelo segundo grau baseadas na possibilidade de deferir prisão preventiva de acordo com o art. 312 do CPP, já que a sua aplicabilidade em grau de recurso extraordinário é reduzida.

Segundo a ministra, a presunção é mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Diante disso, mera presunção não sobrepõe a juízo, porque este é formado após a dilação probatória. Dessa forma, em suas palavras, “a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão”.²⁵¹

Não se trata de desconsiderar completamente o princípio, atribuindo ao réu o ônus de provar a sua inocência. A ministra pondera que a presunção é conquista democrática das mais valiosas, mas que dela não deve decorrer a consequência de “total inanidade de persecução criminal, a desvalia das sentenças mantidas pelo tribunal, o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosa e a corrosiva sensação de impunidade de que nossa sociedade tanto se ressente”.²⁵² Para a ministra, a incidência preponderante do princípio recai sobre a disciplina jurídica da prova.

A ministra, ao transcrever trecho do voto do Ministro Francisco Rezek no HC 71.026, conclui que, infelizmente, nosso país não permite conviver, sem consequências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deve ser presa antes do trânsito em julgado, pois esta somente seria realizável em países em que o trânsito em julgado ocorresse com rapidez, ao contrário do nosso, que admite uma extravagante prodigalidade recursiva.

A ministra menciona ainda o princípio da proporcionalidade, responsável por proibir o excesso e a insuficiência. Para a ministra, além de proibir o excesso, a proporcionalidade vincula igualmente o dever de proteção por parte do Estado, em relação às agressões aos bens jurídicos praticados por terceiros. Nessa seara, a ministra não vislumbra excesso quando o legislador torna eficaz uma sentença

²⁵¹ Ibidem. p. 1169

²⁵² Ibidem. p. 1171.

condenatória mantida pelo tribunal, já que parte da presunção de que a condenação foi acertada.

Da mesma forma que o Ministro Menezes Direito, alega ser desproporcional aceitar que o princípio da presunção de inocência pode ser restringido quando não há certeza formada da materialidade e autoria (como nos casos das prisões preventivas), e não admitir após a sentença condenatória mantida por tribunal, já que neste último caso, há juízo muito maior de certeza. Por fim, a ministra afirma que não se trata de execução antecipada da pena, mas de prisão provisória, devendo-se aguardar em presídio próprio até a definitividade da condenação.

Diante da análise dos argumentos dos ministros nesse verdadeiro *leading case*, conclui-se que a decisão, apesar de se encaixar com a interpretação literal da norma constitucional, não se mostrou a mais adequada considerando a realidade de nosso sistema de Justiça. Tanto que posteriormente, o Ministro Cesar Peluzo idealizou a PEC 15/2011, que vai em sentido contrário a seu voto no HC 84.078, bem como pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no que toca à desnecessidade de espera do trânsito em julgado para a condição de inelegibilidade.

5.2 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA

A análise da Lei da Ficha Limpa ou Lei Complementar 135 é muito interessante para esse trabalho, pois ela representa espécie de restrição do princípio da presunção de inocência a partir da condenação confirmada por tribunal ao vedar a candidatura para os políticos condenados em decisões colegiadas da segunda instância.

A referida lei foi sancionada em 04 de julho de 2010, originada de projeto de lei de iniciativa popular, sendo objeto de duas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC 29 e 30) e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.578), que ocasionaram na declaração da constitucionalidade da lei.²⁵³

²⁵³ STF DECIDE pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>> Acesso em: 16 de setembro de 2015.

Veja-se a seguir a ementa da decisão:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL):** EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

[...]

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 não viola o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral.

[...]

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “h”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q” do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.²⁵⁴ (sem grifo no original).

A discussão nesse julgamento também trouxe muita polêmica, assim como no julgado do HC 84.078, tendo sido admitida a constitucionalidade por maioria de votos,

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX., Tribunal Pleno, Julgamento em: 16/02/2012, publicado no DJ de 27/02/2012 DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015. p.159.

restando vencidos os ministros Luiz Fux (Relator), que julgou parcialmente procedente, e Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), que julgaram improcedente a Ação Direta de Constitucionalidade.

Entretanto, não vale a pena a minuciosa análise de todos os votos dos que concordaram com a constitucionalidade da lei, já que a maioria dos que votaram pela constitucionalidade argumentaram que o princípio da presunção de inocência não teria aplicabilidade no ramo eleitoral, - como pode ser visto já na ementa-, mudando o paradigma construído pelo julgado na ADPF 144/DF²⁵⁵, em que foi decidido exatamente o contrário (pela aplicabilidade do princípio na esfera eleitoral). Como

²⁵⁵EMENTA: “**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** – [...] **IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL** DE DEFINIR-SE, **COMO CAUSA DE INELEGIBILIDADE**, A MERA INSTAURAÇÃO, **CONTRA** O CANDIDATO, DE PROCEDIMENTOS JUDICIAIS, **QUANDO INOCORRENTE** CONDENAÇÃO CRIMINAL **TRANSITADA** EM JULGADO – **PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO** DO MANDATO ELETIVO, “**VITA ANTEACTA**” E **PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL** DE INOCÊNCIA – **SUSPENSÃO** DE DIREITOS POLÍTICOS E **IMPRESINDIBILIDADE**, PARA ESSE EFEITO, **DO TRÂNSITO EM JULGADO** DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 15, III) – **REAÇÃO**, NO PONTO, **DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 À ORDEM AUTORITÁRIA** QUE PREVALECEU SOB O REGIME MILITAR – **CARÁTER AUTOCRÁTICO** DA CLÁUSULA DE INELEGIBILIDADE **FUNDADA** NA LEI COMPLEMENTAR Nº 5/70 (ART. 1º, I, “N”), **QUE TORNAVA INELEGÍVEL** QUALQUER RÉU **CONTRA QUEM FOSSE RECEBIDA** DENÚNCIA POR **SUPOSTA** PRÁTICA DE **DETERMINADOS** ILÍCITOS PENAIIS – **DERROGAÇÃO** DESSA CLÁUSULA **PELO PRÓPRIO** REGIME MILITAR (LEI COMPLEMENTAR Nº 42/82), **QUE PASSOU A EXIGIR**, PARA FINS DE INELEGIBILIDADE DO CANDIDATO, **A EXISTÊNCIA**, CONTRA ELE, **DE CONDENAÇÃO PENAL** POR DETERMINADOS DELITOS – **ENTENDIMENTO** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **SOBRE O ALCANCE** DA LC Nº 42/82: **NECESSIDADE** DE QUE SE ACHASSE CONFIGURADO **O TRÂNSITO EM JULGADO** DA CONDENAÇÃO (RE 99.069/BA, REL. MIN. OSCAR CORRÊA) – **PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA**: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA – **EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO** DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA – **O TRATAMENTO** DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA **PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS** DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, **TANTO** AS DE CARÁTER REGIONAL **QUANTO** AS DE NATUREZA GLOBAL – **O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO** DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – **EFICÁCIA IRRADIANTE** DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – **POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO** DESSE PRINCÍPIO **AO ÂMBITO** DO PROCESSO ELEITORAL – **HIPÓTESE** DE INELEGIBILIDADE – E **NUMERAÇÃO** EM ÂMBITO **CONSTITUCIONAL** (CF, ART. 14, §§ 4º A 8º) – **RECONHECIMENTO**, NO ENTANTO, **DA FACULDADE** DE O CONGRESSO NACIONAL, **EM SEDE LEGAL, DEFINIR** “OUTROS CASOS DE INELEGIBILIDADE” – **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA**, EM TAL SITUAÇÃO, **DA RESERVA CONSTITUCIONAL** DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ART. 14, § 9º) – **IMPOSSIBILIDADE**, CONTUDO, DE A LEI COMPLEMENTAR, **MESMO COM APOIO** NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, **TRANSGREDIR** A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA, **QUE SE QUALIFICA** COMO VALOR FUNDAMENTAL, **VERDADEIRO “CORNERSTONE” EM QUE SE ESTRUTURA** O SISTEMA QUE A NOSSA CARTA POLÍTICA **CONSAGRA EM RESPEITO** AO REGIME DAS LIBERDADES E **EM DEFESA** DA PRÓPRIA PRESERVAÇÃO DA ORDEM DEMOCRÁTICA – [...] – **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE**, EM DECISÃO **REVESTIDA EFEITO VINCULANTE**.” (grifo no original) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

esses votos não consideraram que o princípio da presunção de inocência teria a mesma aplicabilidade no processo eleitoral, já que este seria regido por outros princípios, pouco importa a sua análise para os fins desse trabalho.

Todavia, o voto da Ministra Rosa Weber merece a nossa atenção, pois concluiu que o princípio da presunção de inocência não foi violado, mesmo considerando que ele deve ser aplicado no processo eleitoral, tendo sido examinados, assim, com profundidade, os alcances da presunção de inocência.

A ministra aponta que o princípio da presunção de inocência tem o seu berço na Inglaterra, onde foi adotado desde cedo o julgamento pelo Júri (séc. XIII), fazendo com que se discutisse o tema da avaliação probatória para condenação criminal, culminando no conhecido standard da “*beyond any reasonable doubt*” (prova acima de qualquer dúvida razoável). Tal *standard* probatório pode ser encontrado nos julgamentos do final do século XVIII na Inglaterra e nas colônias norte-americanas.

Para a Ministra, apesar de a vertente moderna do princípio da presunção de inocência ter um significado diverso da aplicação do *in dubio pro reo*, o exame histórico evidencia que o princípio está fortemente ligado à questão probatória, no sentido da formulação do *standard* anglo-saxônico. Para tanto, a ministra cita a forma com que o princípio foi tratado nos diversos instrumentos internacionais, tais como na DUDH de 1948, na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, no Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que não serão transcritos aqui, uma vez que esse tema já foi tratado no capítulo 1 deste trabalho.

Assim, nas palavras da ministra, “Essa exigência de prova acima de qualquer dúvida razoável para a condenação criminal é o **núcleo duro** do princípio da presunção de inocência e que não é passível de qualquer restrição”²⁵⁶. (sem grifo no original).

Entretanto, a ministra reconhece que o princípio possui outros significados, como o derivado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que protege o processado de sofrer restrições desnecessárias de seus direitos antes de ser julgado. A despeito da ministra entender que o princípio também se aplica para os

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX., Tribunal Pleno, Julgamento em: 16/02/2012, publicado no DJ de 27/02/2012 DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015. p.159.

direitos políticos (e não apenas com relação à liberdade de locomoção em matéria criminal), na sua visão, a vertente da presunção relacionada à restrição de direitos antes do trânsito em julgado não possui a mesma força que aquela relacionada à questão probatória, já que a hipótese de prisão provisória antes do julgamento é encontrada em diversos sistemas processuais modernos, demonstrando que o princípio, quanto a esse aspecto, admite restrições.

A ministra alerta que apesar do precedente formado com o HC 84.078, no sentido de que a presunção de inocência prevalece até o trânsito em julgado, esse posicionamento não é universalmente compartilhado. Para exemplificar, a ministra cita o sistema dos Estados Unidos e da França, dois modelos com tradições jurídicas diferenciadas, mas que possuem em comum o amparo histórico do princípio da presunção de inocência. Nos dois países, o princípio da presunção de inocência não exige a decisão definitiva para que haja a execução da pena, tornando a prisão como regra após o primeiro julgamento.

Assim, a ministra aponta que nos Estados Unidos, a prisão é vista como regra após o julgamento e na fase de apelo, como determina a Seção 3.143, “b”, Título 18 do Código Penal Federal dos Estados Unidos²⁵⁷, ao passo que na França, conforme o art. 367 do *Code de Procédure Pénale*²⁵⁸, a condenação pela *Cour d'Assises*

²⁵⁷ “(b) Livramento ou detenção na pendência de apelo pelo acusado.- (1) Exceto o que foi estabelecido no parágrafo (2), o juiz deve ordenar que uma pessoa, que foi reputada culpada de uma ofensa e sentenciada a um período de prisão e que interpôs uma apelação ou uma petição por um writ of certiorari, seja detida, a não ser que o juiz entenda: (A) por prova clara e convincente que a pessoa não irá fugir ou colocar em perigo a segurança de qualquer outra pessoa ou da comunidade se libertada na forma da seção 3142(b) ou (c) deste título; e (B) que o apelo não tem propósito protelatório e levanta uma questão de direito ou de fato substancial e que possa resultar em – (i) absolvição, (ii) uma ordem para um novo julgamento, (iii) uma sentença que não inclui um período de prisão, ou (iv) a redução da sentença para um período de prisão menor que o total de tempo já prestado além da duração esperada do apelo.” (No original, em inglês: “(b) Release or detention pending appeal by the defendant. - (1) Except as provided in paragraph (2), the judicial officer shall order that a person who has been found guilty of an offense and sentenced to a term of imprisonment, and who has filed an appeal or a petition for a writ of certiorari, be detained, unless the judicial officer finds: (A) by clear and convincing evidence that the person is not likely to flee or pose a danger to the safety of any other person or the community if released under section 3142(b) or (c) of this title; and (B) that the appeal is not for the purpose of delay and raises a substantial question of law or fact likely to result in - (i) reversal, (ii) an order for a new trial, (iii) a sentence that does not include a term of imprisonment, or (iv) a reduced sentence to a term of imprisonment less than the total of the time already served plus the expected duration of the appeal process.”)

²⁵⁸ “Se o acusado é isento de pena ou absolvido, se é condenado a uma pena outra que não a de privativa de liberdade, ou se é condenado a uma pena privativa de liberdade coberta pela prisão preventiva, ele é imediatamente colocado em liberdade se não estiver retido por outra causa. Nos outros casos, enquanto o aresto não é definitivo e, ante o caso, durante a instância de apelo, o mandado de ‘dépôt’ [ordem judicial de prisão emitida para colocar o acusado à disposição para o julgamento] emitido contra o acusado continua a produzir seus efeitos ou a Corte entrega o mandado de ‘dépôt’ contra o acusado, até que a duração da detenção seja aquela da pena cominada, sem prejuízo para o direito do acusado de pleitear sua colocação em liberdade conforme as disposições dos artigos 148-1

(primeira instância) implica na manutenção da prisão ou na sua determinação durante a fase de apelação, salvo exceções específicas.

Esses exemplos, argumenta a ministra, demonstram que a presunção de inocência perde a sua força a partir do momento em que há um julgamento precedido pelo debate de provas e pelo conhecimento exauriente por juiz imparcial. Assim, a ministra conclui o seu voto afirmando que a questão da inelegibilidade possui relação com a imposição de restrições ao direito do acusado, vertente que admite certas restrições, não violando o princípio da presunção de inocência, já que essas são admissíveis até mesmo no processo penal. Considerando também o fato de que o processo eleitoral possui como base os princípios da proteção do público e da coletividade, e que os recursos das decisões em segundo grau não possuem, como regra, efeito suspensivo, e mais, que não é possível revolver questões de fatos e provas nessa instância, a ministra conclui que a lei não afronta o princípio da inocência.

Assim, este julgado é interessante para o trabalho, já que representa o entendimento de nossa Corte Suprema de que o princípio da presunção de inocência não impede em absoluto a imposição de restrições aos direitos de pessoa condenada criminalmente mesmo antes do trânsito em julgado.

Vistos esses interessantes debates travados no Supremo Tribunal Federal, podemos afirmar que o tema da duração temporal da presunção de inocência não está imune a controvérsias.

Entretanto, a forma como foi redigido o princípio em nossa Constituição dificulta a defesa de outras posições, demonstrando que o caminho mais adequado para a mudança se encontra mais na via legislativa do que na jurisdicional. Diante disso, analisaremos agora algumas propostas de alteração legislativa que surgiram após esses importantes julgados, mais precisamente quanto à PEC 15/2011 e à PLS 402/2015.

e 148-2.” (No original, em francês: “*Si l’accusé est exempté de peine ou acquitté, s’il est condamné à une peine autre qu’une peine ferme privative de liberté, ou s’il est condamné à une peine ferme privative de liberté couverte par la détention provisoire, il est mis immédiatement en liberté s’il n’est retenu pour autre cause. Dans les autres cas, tant que l’arrêt n’est pas définitif et, le cas échéant, pendant l’instance d’appel, le mandat de dépôt délivré contre l’accusé continue de produire ses effets ou la cour décerne mandat de dépôt délivré contre l’accusé, jusqu’à ce que la durée de détention ait atteint celle de la peine prononcée, sans préjudice pour l’accusé de son droit à demander sa mise en liberté conformément aux dispositions des articles 148-1 et 148-2. [...]*”)

6 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A vedação da execução provisória diante da nova interpretação dada ao princípio da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal certamente se mostra mais correta com a disposição da letra constitucional do art. 5º, inciso LVII de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória”. Entretanto, como demonstrado, esta interpretação não está isenta de críticas, pois como já se viu, esse é um tema que gera muitas divergências.

Diante disso, com o objetivo de desatrelar o *trânsito em julgado* como condição temporal para o término da presunção de inocência, foram propostas algumas alterações legislativas, como a PEC 15/2011 e a recente PLS 402/2015, que serão analisadas a seguir.

6.1 PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 15/2011

A PEC 15/2011, apelidada como PEC dos Recursos, foi idealizada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal da época, Ministro Cezar Peluso, – que curiosamente tinha votado contra a possibilidade de execução provisória enquanto pendente recurso especial ou extraordinário no HC 84.078. A proposta pretendia alterar o sistema recursal constitucionalmente previsto, antecipando o trânsito em julgado das decisões judiciais para os acórdãos proferidos em segunda instância a fim de evitar o longo caminho criado por recursos protelatórios.

A proposta original do senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES) modificava os artigos 102 e 105 da Constituição, substituindo os recursos extraordinário e especial por ações rescisórias especiais e extraordinárias, a fim de que o processo se encerrasse em segunda instância.²⁵⁹

A partir da justificação da proposta do senador Ricardo Ferraço, percebe-se que foi utilizada como base a Reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/2004), que trouxe importantes inovações, como o instituto da repercussão geral, responsável pela

²⁵⁹ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2011**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/texto-inicial-pec-peluso.pdf>>. Acessado em: 12 de setembro de 2015.

redução do número de recursos extraordinários e agravos de instrumento interpostos no STF. Tal redução visou à dedicação do Tribunal em questões constitucionais de maior envergadura, a fim de que cumprisse o seu papel esperado pelo constituinte de 1988. Entretanto, a referida emenda não contemplou solução para o fato de que o Brasil possui quatro instâncias recursais, o que facilita a utilização de recursos com fins meramente protelatórios para furar a aplicação da lei penal.

Assim, a proposta tentaria coibir condutas protelatórias das partes a fim de assegurar uma prestação jurisdicional rápida e efetiva. Para tanto, foi apontado que em outros ordenamentos jurídicos, após o encerramento das instâncias ordinárias, são utilizadas ações autônomas para suscitar questões constitucionais, como ocorre no Direito Alemão.

Entretanto, a ideia foi alterada com a proposta de emenda feita pelo senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), apresentada e aprovada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que modificou o seu conteúdo ao estabelecer que os órgãos colegiados e o Tribunal do Júri poderão expedir mandados de prisão assim que as decisões condenatórias forem proferidas.

O Ministro Cezar Peluso concordou com a primeira modificação, que tratava da manutenção da nomenclatura dos recursos especial e extraordinário, com a simples determinação de que eles não teriam capacidade de arrastar o trânsito em julgado. Isso porque a transformação dos recursos extraordinários e especiais em ações rescisórias poderia afetar drasticamente todo o sistema recursal.

Entretanto, a mudança no texto da proposta no art. 96 da Constituição mostrou-se arriscada, já tendo o ministro alertado que a atual redação poderia esbarrar no crivo da constitucionalidade no STF por violação ao princípio da presunção de inocência.²⁶⁰ Eis a modificação implementada:

O art. 96 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “

Art.96 -.....

Parágrafo único. Os órgãos colegiados e tribunais do júri poderão, ao proferirem decisão penal condenatória, expedir o correspondente mandado de prisão, independentemente do cabimento de eventuais recursos.²⁶¹

²⁶⁰ LUCHETE, Felipe. **Desvirtuada, PEC do Peluso vai a plenário do Senado**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/desvirtuada-pec-peluso-plenario-ideias-ex-ministro>> Acesso em: 23 de setembro de 2015.

²⁶¹ FERREIRA, Aloysio Nunes. **Parecer sobre a EC 15/2011**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/texto-final-pec-peluso.pdf>>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.

A proposta ainda está em tramitação, tendo diminuído muito as chances de ser aprovada. Nas palavras de Jorge Hage, ex-ministro-chefe da Controladoria Geral da União, a proposta foi desvirtuada, e “Toda a discussão sobre mudanças na Justiça ficou reduzida naquele artigo, que autoriza o mandado de prisão. A ideia morreu na praia”²⁶².

No parecer da emenda à proposta, há interessantes considerações feitas quanto à problemática exposta nesse trabalho, como a constatação de que a EC nº 45, que introduziu o inciso LXXVIII no rol de garantias do art. 5º da Constituição Federal²⁶³, demonstra que a sociedade brasileira abriu os olhos para a necessidade de frear o uso abusivo dos recursos, a fim de garantir que os processos tenham razoável duração.

Diante disso, o senador faz uma interessante ponderação de que:

Se, por um lado, não podemos admitir processos sumários que violem o direito de defesa, tampouco podemos tolerar a morosidade da prestação jurisdicional, pois a demora na entrega e na confirmação da decisão judicial representa, em muitos casos, a segunda negação do direito.²⁶⁴

Assim, o parecer evidencia que a atual estrutura do sistema recursal brasileiro vai na contramão da duração razoável do processo, já que o caminho para se tornar definitiva a decisão é extremamente longo, possuindo diversas possibilidades de contestação em cada decisão.

Aponta-se ainda alguns dados interessantes do estudo *I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo* da Fundação Getúlio Vargas, no qual constou que em 2009, o STF recebeu cerca de 28.897 recursos, e que apesar deste número ter diminuído drasticamente se comparado com o ano de 2006 (111.268 processos), percebe-se que ainda é bastante elevado se compararmos com os números da Suprema Corte norte-americana, que recebeu 80 casos e a Corte Constitucional italiana, que analisou 198 casos no mesmo período.²⁶⁵

²⁶² LUCHETE, Felipe. **Desvirtuada, PEC do Peluso vai a plenário do Senado**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/desvirtuada-pec-peluso-plenario-ideias-ex-ministro>>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.

²⁶³ Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁶⁴ FERREIRA, Aloysio Nunes. **Parecer sobre a EC 15/2011**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/texto-final-pec-peluso.pdf>>. p. 6. Acesso em: 23 de setembro de 2015. p. 6.

²⁶⁵ Ibidem. p. 7.

Os números são ainda maiores no STJ, constando 228.981 processos em 2010, segundo relatório da própria instituição, dos quais 54.596 eram recursos especiais e 119.517 agravos. Diante desses números abissais, o senador indaga: “Como garantir qualidade e presteza nas manifestações da Corte frente a um número tão avassalador?”. Inevitavelmente, conclui-se que as consequências se constituirão na demora da presteza jurisdicional e na impossibilidade de análise aprofundada dos casos.²⁶⁶

Diante disso, refuta-se o argumento de que o problema do judiciário esteja mais ligado à falta de estrutura. Segundo o parecer, há algo muito errado no sistema normativo, “quando a mais alta corte do país se encontra abarrotada de processos que não dizem respeito à sua natureza constitucional.”²⁶⁷

Ainda, ao utilizar as palavras do Ministro Cezar Peluso, o parecer do projeto demonstra que o nosso modelo vigente é perverso, a partir do momento em que a demora do trânsito em julgado apenas favorece quem não tem razão, principalmente se considerarmos que o índice de provimento de recursos extraordinário no STF, de 2009 a 2011, é de aproximadamente 2,7%.²⁶⁸

Ainda, o parecer aponta que a distância temporal entre o reconhecimento do direito e a execução da sentença, bem como a existência das diversas vias de acesso ao STJ e STF estimulam a litigância, de modo que a demora na resolução definitiva causa insegurança jurídica, fazendo com que empresas passem a considerá-la no seu planejamento como custo adicional.²⁶⁹

Por fim, há menção de que a proposta asseguraria ainda o duplo grau de jurisdição, pois esta consiste na garantia de revisão da decisão judicial por outro órgão diverso e hierarquicamente superior, não se tratando de direito infinito de recursos. Ainda, não haveria violação à ampla defesa, já que a via do *habeas corpus* para violações no direito de ir e vir permaneceria intocável, assim como o acesso à manifestação dos tribunais acerca das questões constitucionais.²⁷⁰

²⁶⁶ Ibidem. p. 8.

²⁶⁷ Ibidem. p.14

²⁶⁸ Ibidem. p. 10.

²⁶⁹ Ibidem. p. 11.

²⁷⁰ Ibidem. p. 17.

6.2 PROJETO DE LEI DO SENADO 402/2015

Outra proposta que pretende alterar o modelo vigente advém da PLS 402/2015, apresentada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), em 25 de junho de 2015, sendo assinada pelos senadores Roberto Requião (PMDB-PR), Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), Álvaro Dias (PSDB-PR) e Ricardo Ferraço (PMDB-ES). A proposta tem como objetivo permitir a prisão de condenados por crimes graves em segunda instância e pelo Tribunal do Júri.

A ideia inicial, baseada em projeto aprovado no âmbito da ENCCLA - Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, era que a prisão operasse para crimes graves a partir da primeira instância. Entretanto, essa proposta gerou muita polêmica, fazendo com que a Ajufe apresentasse uma opção mais intermediária para que facilitasse a aprovação do projeto.²⁷¹

Conforme Sérgio Fernando Moro²⁷², juiz que ajudou na elaboração desta proposta, o sistema de justiça criminal é extremamente ineficiente para os criminosos poderosos que conseguem escapar da aplicação da lei penal por meio dos “labirintos arcanos de um processo judicial que a pretexto de neutralidade, gera morosidade, prescrição e impunidade”.

Apesar de possuir o mesmo objetivo e ponto de partida da PEC 15/2011, qual seja, a busca por maior efetividade da justiça criminal, este projeto, em vez de alterar o marco do trânsito em julgado da decisão condenatória, propõe nova modalidade de prisão preventiva, constituindo prisão de natureza cautelar.

Dessa forma, a proposta prevê nova possibilidade facilitada de decretação da prisão preventiva a ser imposta pelo Tribunal de Apelação, nos casos de crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato e lavagem de dinheiro, quando a pena privativa de liberdade for superior a quatro anos, “salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto”²⁷³.

²⁷¹ LUCHETE, Felipe. **Associação de juízes recua e agora defende prisão após decisão de 2ª instância**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/ajufe-recua-agora-defende-prisao-decisao-instancia>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

²⁷² MORO, Sérgio Fernando. **Caminhos...** Acesso em: 5 de novembro de 2015.

²⁷³ Cf. parte final do §2º do art. 617-A do PLS 402/2015. (Projeto de Lei do Senado nº 402/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/06/2015&paginaDireta=00128>>. p. 128. Acesso em: 14 de outubro de 2015).

Entretanto, essa prisão preventiva não teria os mesmos fundamentos daquelas do art. 312 do CPP, pois já haveria certeza quanto à responsabilidade criminal, ainda que provisória. Bastaria que se enquadrasse num dos crimes graves estipulados pelo art. 617-A, com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, salvo se houvesse garantias de que o condenado não irá fugir ou praticar novos delitos. Haveria assim, uma inversão do ônus de demonstração de que a liberdade do condenado não oferece riscos na fase de recurso.

Ainda, alega-se na justificativa do projeto que o fato de a prisão possuir natureza cautelar não confrontaria com o princípio da presunção de inocência, mesmo se levarmos em conta a nova posição do Supremo Tribunal Federal com o HC 84.078 (que admitiu apenas as prisões com natureza cautelar antes do trânsito em julgado).²⁷⁴

Para a decretação da prisão, deverão ser levadas em conta a culpabilidade, os antecedentes, as consequências e a gravidade do crime, bem como se o produto foi recuperado e se houve perda ou dano. As mesmas regras seriam aplicadas para as decisões do Tribunal do Júri, devido à soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, “c”) e pela abrangência reduzida da apelação contra as decisões deste colegiado. Veja-se a redação proposta pelo acréscimo do art. 617-A:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório por **crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, corrupção ativa ou passiva, peculato, lavagem de dinheiro ou do art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**, o tribunal decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1.º O condenado deverá ser conservado na prisão, se não tiverem cessado as causas que motivaram a decretação ou a manutenção de sua prisão cautelar.

§ 2.º Quando imposta pena privativa de liberdade superior a quatro anos, a prisão preventiva poderá ser decretada, mesmo tendo o condenado respondido ao processo em liberdade, salvo se houver garantias de que o condenado não irá fugir ou não irá praticar novas infrações penais se permanecer solto.

§ 3.º Na avaliação da necessidade da decretação da prisão, o Tribunal deverá considerar entre outros elementos:

I - a culpabilidade e os antecedentes do condenado;

II - as consequências e a gravidade do crime; e

III - se o produto ou proventos do crime foram ou não recuperados ou se houve ou não a reparação do dano decorrente do crime.²⁷⁵ (sem grifo no original).

²⁷⁴ Ibidem. p. 137-138.

²⁷⁵ Ibidem. p. 128.

Com a alteração dos arts. 637 e 638 do CPP, há a ressalva de que o STF ou o STJ poderão atribuir efeito suspensivo ao recurso caso se verifique que este não possui propósito meramente protelatório ou quando se tratar de uma questão que poderá resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade. Assim:

Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório terão efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nele impostas.

§1º. Poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§2º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal Superior, contendo cópia do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

..... Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal Federal na forma estabelecida por leis especiais e respectivos regimento interno.²⁷⁶

Segundo a justificativa do projeto, a intenção do art. 637 ao permitir a atribuição de efeito suspensivo às medidas cautelares impostas no acórdão caso as exigências sejam atendidas, é prevenir a imposição de prisões cautelares prematuras que teriam chance de êxito na instância superior.²⁷⁷

Quanto ao Tribunal do Júri, esses mesmos efeitos estariam dispostos na alínea e, do inciso I do art. 492, e nos §§3º, 4º e 5º²⁷⁸.

²⁷⁶ Ibidem. p. 129.

²⁷⁷ Ibidem. p. 138.

²⁷⁸ § 3.º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri terá efeito suspensivo, salvo em relação às medidas cautelares nela impostas.

§4º. Poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação mesmo em relação à medida cautelar imposta quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório;

II - levanta uma questão de direito ou de fato substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

§5º. O pedido de concessão de efeito suspensivo quanto às medidas cautelares poderá ser feito incidentemente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Tribunal, contendo cópia da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Ainda, o projeto prevê a criação de multa para o caso de interposição de embargos que sejam meramente protelatórios, com o acréscimo do §3º do art. 620²⁷⁹ e a limitação do âmbito dos embargos infringentes apenas para os casos em que há divergência em favor da absolvição do acusado, com a inclusão dos §§1º e 2º do art. 609²⁸⁰.

Na justificativa da proposta, busca-se atingir um equilíbrio entre os direitos do acusado e os da sociedade, procurando dar maior eficácia às sentenças confirmadas em segundo grau, evitando a eternização da relação jurídica.²⁸¹

Para as mudanças propostas, foram utilizadas como modelo o sistema norte-americano, disposto na Seção 3.143, b, do Título 18 do Código Penal Federal dos EUA, bem como o modelo francês estabelecido no artigo 367 do *Code de Procédure Pénale* francês, que já foram mencionados no item anterior (quanto à fundamentação do voto da ministra Rosa Weber no julgado sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa), razão pela qual evitaremos a sua repetição. Com o exemplo desses dois países, que possuem importante histórico para o princípio da presunção de inocência, mostrou-se que a pretensão da proposta não se mostra inadmissível.

Por meio dessas propostas, percebemos que há algumas tentativas de mudanças que procuram melhorar a efetividade do sistema de justiça no país. É claro que na busca dessa eficiência, devemos ter cuidado para não atropelarmos garantias constitucionais essenciais para o Estado Democrático de Direito, mas também devemos ter em conta que alguns desses princípios, tal como o da presunção da inocência, no campo do tratamento do acusado, não possui valor absoluto, como se procurou demonstrar ao longo desse trabalho, sob pena de relegar o processo penal à ineficiência e resultar na supressão de outros direitos fundamentais.

²⁷⁹ Art. 620.

§ 3.º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o Relator ou o Tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada em até dez vezes, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo."

²⁸⁰ "Art. 609. [...] §1º Quando houver voto vencido pela absolvição do réu em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. §2º Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos."

²⁸¹ Projeto de Lei do Senado nº 402/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/06/2015&paginaDireta=00128>>. p. 135. Acesso em: 14 de outubro de 2015).

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebemos que o princípio da presunção de inocência constitui importante pilar em nosso sistema processual penal brasileiro, gerando efeitos tanto na regra probatória quanto na regra de tratamento do indivíduo. Em relação ao primeiro, não há dúvidas quanto ao seu caráter absoluto, correspondendo à exigência de uma prova categórica a ser produzida pela acusação (derivado do *standard* do direito anglo-saxão), também sendo relacionado ao famoso princípio do *in dubio pro reo*, que favorece o réu no caso de dúvida. Isso não ocorre com relação ao segundo efeito – sobre o âmbito de tratamento do acusado –, que trata da impossibilidade de restrições de direitos do acusado antes do trânsito em julgado, conforme determina a nossa Constituição, residindo exatamente nesse ponto a crítica que foi proposta nesse trabalho, ao questionar se a duração temporal do princípio deveria estender até o esgotamento das vias extraordinárias.

Para isso, resgatamos a forma como o princípio da presunção de inocência foi tratado nos Instrumentos Internacionais, já que o princípio foi positivado nesses documentos antes de ser expresso em nossa Carta Constitucional. Por meio da análise desses documentos internacionais, percebemos que o limite temporal, quando fixado nesses tratados, foi delimitado até a comprovação da culpabilidade, através de julgamento que respeite o devido processo legal. Em contrapartida, a nossa Constituição de 1988 ampliou esse marco até o trânsito em julgado da sentença condenatória, destoando dos próprios tratados internacionais e de diversas legislações de países democráticos, tais como Estados Unidos e França.

As críticas quanto à duração temporal da presunção de inocência foram expostas no capítulo quatro, tendo como fundamento a natureza dos recursos especial e extraordinário, que além de não possuírem efeito suspensivo, não admitem a análise de matéria probatória, não constituindo, assim, um terceiro ou quarto grau de jurisdição. Ainda, foi demonstrado que ao lado das garantias fundamentais do indivíduo, há o dever de eficácia da persecução penal, que também acaba protegendo os próprios direitos fundamentais na sua dimensão objetiva, visto que a ineficiência da proteção do Estado, com o advento da prescrição, por exemplo, acaba por representar uma forma de violação de direitos fundamentais, da própria vítima e da sociedade.

Assim, por meio da delimitação temporal da presunção de inocência até a sentença condenatória confirmada por Tribunal, buscou-se uma solução que respeitasse os direitos e garantias fundamentais, objetivando alcançar um equilíbrio entre o garantismo e a eficiência, visto que o entendimento atual fere drasticamente este último.

Tal delimitação seria possível, visto que a presunção de inocência, após a condenação confirmada em segundo grau, não tem a mesma força para proteger a liberdade do indivíduo que aquela existente antes do julgamento. Percebe-se que o princípio da presunção de inocência encontra o seu núcleo duro na regra probatória de que a acusação deve comprovar a responsabilidade criminal acima de qualquer dúvida razoável. Já com relação ao tratamento do acusado, apesar de também gerar reflexos ao impedir restrições de direitos do indivíduo antes do julgamento, não possui caráter absoluto, possibilitando flexibilizações, como ocorre com as prisões cautelares.

Ora, se são admissíveis restrições na liberdade do acusado antes mesmo do julgamento para fins de assegurar o processo, sem violação do princípio da presunção de inocência, mais possível ainda seria quando essa medida fosse baseada em juízo probatório completamente exaurido da responsabilidade criminal do acusado para fins de aplicação da lei penal. Lembrando ainda que na hipótese de haver alguma decisão visivelmente injusta, que poderia ser alterada pelos Tribunais Superiores, poderia ser utilizado o *habeas corpus*.

Nos últimos capítulos, foram demonstrados os principais argumentos que foram utilizados para a adoção do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema (HC 84.078). Com a análise do julgado da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, pode-se perceber uma restrição do princípio da presunção de inocência pela Suprema Corte, no ponto em que foi considerada constitucional a vedação da elegibilidade de políticos com condenação confirmada por órgão colegiado, antes do trânsito em julgado.

Por fim, foram expostas duas propostas de alteração legislativa que procuram alterar esse quadro, sendo elas a PEC 15/2011 e o PLS 402/2015. Ambas foram muito criticadas, demonstrando certa intolerância a qualquer hipótese de restrição do princípio da presunção de inocência antes do trânsito em julgado.

Não obstante tais críticas, esse trabalho permitiu concluir que esse tema não é pacífico. Além disso, o fato de que um princípio não pode ser aplicado cegamente,

sem ser levado em conta a realidade em que será inserido, faz com que esse tema mereça ser ainda muito discutido e estudado diante dos problemas peculiares de nosso sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. Ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba, Juruá: 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acessado em: 15 de abril de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código Penal, Código de Processo Penal. Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 329.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.** Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

_____. **Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acessado em 20 de abril de 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 402/2015.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/06/2015&paginaDireta=00128>>. p. 128. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2011.** Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/texto-inicial-pec-peluso.pdf>>. Acessado em: 12 de setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 347**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula347.pdf>. Acesso em: 24 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX., Tribunal Pleno, Julgamento em: 16/02/2012, publicado no DJ de 27/02/2012 DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 144**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Apelação nº 1573**. Relator Ministro Evandro Lins e Silva. 10 ago. 1966. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 225, p. 246-248, 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 68726**, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 69964**, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1992, DJ 01-07-1993 PP-13143 EMENT VOL-01710-02 PP-00262. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 81964**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 28-02-2003 PP-00016 EMENT VOL-02100-02 PP-00367. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78913>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 82490**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 29-11-2002 PP-00022 EMENT VOL-02093-02 PP-00263. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79070>>. Acesso em: 25 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, Dje-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 de setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 551955 AgR-ED-ED-EDv-AgR**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8429912>>. Acesso em: 28 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 279**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 26 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Federal de Recursos. **Apelação nº 731**. Relator Ministro Raimundo Macedo. 18 de ago. 1959. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 186, p. 317, 1959.

_____. Tribunal Federal de Recursos. **Recurso Criminal nº 1094**. Relator Ministro Costa Leite. 24 out. 1985. Disponível em: <www.senado.gov.br/sicon>. inocência. Acesso em: 27 set. 1999.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2015.

CROZARA, Rosberg Souza. *Prisão e Liberdade: Qual o Real Sentido da Presunção de Inocência?* In: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Coords). **O novo processo penal à luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

DE FREITAS, Vladimir Passos. **Brasil avança no Ranking de piores sistemas de Justiça do mundo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-14/segunda-leitura-brasil-avanca-ranking-piores-sistemas-justica-mundo>. Acesso em 21 de outubro de 2015.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 20 de abril de 2015).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomes Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luis Flávio Gomes. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aloysio Nunes. **Parecer sobre a EC 15/2011**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/texto-final-pec-peluso.pdf>>. Acesso em: 23 de setembro de 2015.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **A Presunção de Inocência e a Construção da Verdade**: Contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal**: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência*: princípios e garantias. In: **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua conformidade Constitucional.** Vol. I Ed Lumem Juris, 2009.

_____. **Introdução crítica ao processo penal:** Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LUCHETE, Felipe. **Desvirtuada, PEC do Peluso vai a plenário do Senado.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-10/desvirtuada-pec-peluso-plenario-ideias-ex-ministro>> Acesso em: 23 de setembro de 2015.

MANZANI, Luis Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal.** 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. **Caminhos para reduzir a corrupção.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/artigo-caminhos-para-reduzir-corrupcao-por-sergio-moro-17684788#ixzz3oO4oDfxj>>. Acesso em: 5 de novembro de 2015.

_____. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo penal no crime de lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JR., José Paulo (org.). **Lavagem de Dinheiro** – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Constituição e propriedade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 47, março-abril 2004.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

STF DECIDE pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>> Acesso em: 16 de setembro de 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Processo Penal**. 31 ed. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Manual de Normalização de Documentos Científicos**. AMADEU, Maria Simone Utida dos Santos. (org.) Curitiba: Ed. UFPR, 2015.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência:** prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2007.